UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

ESSAI SUR LA MAXIME

NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Soutenue devant la Faculté de Droit de l'Université de Dijon, le Vendredi 2 Mai 1913, à 1 h. 1/2 du soir.

PAR

Paul GUIRAUDET

Avocat à la Cour d'Appel de Dijon

Président : M. HÉMARD, *professeur*

Suffragants { M. LOUIS-LUCAS, *professeur*
M. MARC DESSERTEAUX, *chargé de cours*

DIJON
IMPRIMERIE BOURGUIGNONNE — J. BERNIGAUD
15, Rue Bossuet, 15

1913

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535717_0022

UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

ESSAI SUR LA MAXIME

NEMO AUDITUR
PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Soutenue devant la Faculté de Droit de l'Université de Dijon, le Vendredi 2 Mai 1913, à 1 h. 1/2 du soir.

PAR

Paul GUIRAUDET

Avocat à la Cour d'Appel de Dijon

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Président : M. HÉMARD, *professeur*

Suffragants : M. LOUIS-LUCAS, *professeur*
M. MARC DESSERTEAUX, *chargé de cours*

DIJON
IMPRIMERIE BOURGUIGNONNE — J. BERNIGAUD
15, Rue Bossuet, 15
—
1913

INTRODUCTION

Tributaire pour une large part de l'ancien droit Romain, notre droit civil applique purement et simplement en nombre de matières, les principes posés par les anciens juristes latins, et s'il contient quelque lacune ou quelque obscurité, les auteurs ou la jurisprudence, pour combler l'une ou éclaircir l'autre, ne manquent pas de rechercher, pour se l'approprier, la solution romaine.

Cette influence persistante d'un droit qui fut, entre tous, particulièrement logique et rationnel, produit, dans la plupart des cas, d'heureux résultats. Les textes romains jouent en quelque sorte le rôle du régulateur dans une machine, et tempèrent, par les règles qu'ils énoncent, l'arbitraire ou l'ingéniosité excessive d'un commentateur ou d'une décision judiciaire. Cependant, il ne faut pas exagérer sans mesure, ce respect, nous dirions presque, cette religion du droit Romain. Le droit civil français, bien que s'inspirant souvent de ses préceptes, n'en est pas moins autonome et indépendant, et c'est, à notre avis, une dangereuse erreur, que celle commise parfois par les auteurs ou la jurisprudence,

qui consiste à opposer en une matière, les solutions admises à Rome, à celles édictées par le Code Civil, et à vouloir faire prévaloir celles-là sur celles-ci.

Un des exemples les plus connus et les plus remarquables de ce procédé, est celui qui fit survivre dans notre droit la maxime *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, grâce à laquelle on parvint à paralyser et annihiler, en quelque sorte, un texte très important du Code Civil, l'art. 1131 complété par l'art. 1133.

Cet art. 1131 est ainsi conçu : « l'obligation sans cause ou sur une fausse cause ou une cause illicite ne peut avoir aucun effet » ; l'art. 1133 ajoute : « la cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public ». L'art. 1131 est rédigé dans des termes dont la clarté exclut toute équivoque, toute ambiguïté : il frappe de la nullité absolue, toute obligation qui ne possède pas une cause réelle et licite. Une telle obligation, dit-il, ne peut avoir aucun effet. Il est permis, croyons-nous, de s'étonner qu'un principe aussi formel et exprès, que celui posé dans l'art. 1131, par le législateur de 1804, ait pu être battu en brèche, aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence par une maxime romaine, dont il est impossible de trouver la moindre trace dans le Code Civil. Cette méconnaissance de textes, pourtant explicites, est due en grande partie, comme nous le démontrerons au cours de cette étude, au culte véritable voué

par les juristes du début du XIXe siècle au droit Romain dont l'autorité avait été si considérable sous l'ancien droit.

Parmi les théories chères aux juristes et dont l'inépuisable discussion alimenta sans relâche les controverses doctrinales, il en est peu d'aussi classiques que celle de la cause.

Tel le foie de Prométhée, sans cesse renaissant et sans cesse déchiré par le bec d'un insatiable vautour, la théorie de la Cause a été analysée, disséquée, fouillée sans trêve par les aigles vénérés de la science juridique. Nous ne saurions, sans risquer d'être taxés de présomption, nous aventurer en si glorieuse compagnie.

D'ailleurs, il semble bien, à l'heure actuelle, que la récente doctrine ait fait justice, enfin, de l'antique et complexe édifice métaphysique échafaudé naguère sur la notion de cause. M. Planiol, notamment, en a brillamment démontré la fragilité et la réelle inutilité. Et comme il le fait très justement remarquer lui-même, deux codes récents, le Code fédéral des Obligations et le Code Civil allemand sont restés muets sur la question et ont abandonné nettement la nécessité d'une cause réelle et licite pour les obligations.

Pour nous, de plus, il n'y a pas d'intérêt à évoquer cette théorie en présence des termes employés par la loi. L'art. 1131 prononce à l'encontre des obligations illicites une nullité absolue qui peut être invoquée par toute personne intéressée, qu'aucune confirmation, aucune

prescription ne saurait couvrir. Aucune ambiguïté, à notre sens, ne peut être relevée dans la rédaction de cet article. Les obligations pourvues d'une cause illicite ne sont pas seulement susceptibles d'annulation. Elles sont atteintes dès l'origine d'une nullité absolue : en un mot, elles sont inexistantes.

Peu nous importe les considérations faciles à dégager d'ailleurs, qui ont porté le législateur à admettre cette solution. Nous nous trouvons ici en présence d'une règle positive et catégorique : nous devons l'appliquer purement et simplement. Et soit que nous estimions utile, conformément à l'opinion classique, de fonder la nullité édictée par le Code sur l'existence d'un vice affectant la cause de la convention, soit plutôt qu'il nous apparaisse que c'est le contrat lui-même qui se trouve vicié dans son essence à raison de son objet qui est illicite, la question se résout, dans un cas comme dans l'autre, de la façon la plus simple et la plus limpide : un contrat illicite doit être déclaré nul.

Nous ne saurions aussi bien nous attacher à déterminer dans quelles hypothèses cette nullité doit être encourue, ou du moins ne le ferions-nous qu'à seule fin de déterminer notre sujet, puisque notre but n'est point du tout d'étudier dans quels cas les art. 1131 et 1133 doivent recevoir leur application, mais seulement de rechercher quelles en doivent être les conséquences.

Au premier abord, il semble que lorsqu'une obligation repose sur une cause illicite, l'une quelconque des par-

ties pourra invoquer ce caractère de la cause, pour se soustraire à l'exécution du contrat ou pour obtenir la restitution de ce qu'elle a livré, si elle l'a déjà exécuté. De cette façon, les choses resteront ou seront remises dans le même état que si les parties n'avaient pas contracté, ce qui constitue la seule solution conforme aux termes de la loi.

Cette solution est malheureusement fort loin d'être appliquée intégralement en ce qui concerne les obligations illicites, qu'on a séparées des obligations sans cause ou sur fausse cause, pour les traiter tout différemment, au moyen de l'adage : *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans,* qu'on énonce parfois aussi : *in pari causa turpitudine melior est causa possidentis.*

Cet adage, des générations de juristes l'ont considéré comme formulant une vérité essentielle et intangible, bien qu'aucun texte de loi, aucun argument tiré des travaux préparatoires n'en vienne justifier l'admission.

Ses partisans distinguent généralement plusieurs situations. Si la cause de l'obligation est illicite seulement de la part de celui qui a reçu, ils admettent la répétition ; mais si elle est illicite de la part de celui qui a payé ou de la part des deux contractants, ils leur refusent toute action aussi bien pour réclamer l'exécution que pour répéter ce qui a été payé en vertu de l'obligation nulle. Dans cette dernière hypothèse, l'obligation, qui avant son exécution est inexistante, puisqu'on n'en peut réclamer l'exécution en justice, devient irré-

vocable dès qu'elle a été exécutée, puisque dès lors aucune action en justice ne peut plus être admise à son sujet.

Il faut bien remarquer que le système conforme à la loi et le système basé sur la maxime romaine, que nous appellerons le système traditionnel, coïncident en plusieurs hypothèses et aboutissent aux mêmes résultats. Tant que l'obligation n'est pas exécutée, le débiteur est à l'abri des poursuites du créancier : il lui opposera indifféremment sa propre turpitude ou la décision de l'art. 1131, qui interdit de faire produire effet à une obligation illicite. Si l'obligation a été exécutée par un débiteur exempt de turpitude, l'un et l'autre système l'autorisent à agir en répétition.

Ce n'est qu'au cas de turpitude commune et d'exécution de l'obligation qu'on trouve une différence entre les deux systèmes : le débiteur *turpis* qui agit en répétition, doit avoir gain de cause d'après le Code Civil, tandis que les partisans de la maxime lui refusent l'accès des tribunaux, à raison de son indignité.

C'est, à notre sens, une grave erreur commise par les adeptes du système traditionnel. La faculté de faire trancher un litige par les tribunaux constitue, à l'époque actuelle, un droit et non une faveur, comme ils semblent le considérer dans le cas qui nous occupe. Il n'y a pas lieu de rechercher si celui qui agit en justice est parfaitement digne de toutes les considérations et de tous les respects ; il faut examiner simplement s'il a ou

non un droit à invoquer. Or, dans notre hypothèse, le débiteur d'une obligation illicite, même participant à la turpitude, a le droit d'invoquer la nullité de l'obligation, aussi bien pour répéter ce qu'il a pu être amené à payer en exécution de la convention que pour se refuser à payer s'il est poursuivi par le créancier.

On voit ici les effets de la dangereuse pratique qui consiste à transporter sans examen préalable en droit français une solution admise en droit romain, ces deux droits s'appuyant sur des principes parfois diamétralement opposés. Dans le droit romain, en effet, où c'est l'action qui fondait le droit, la règle *Nemo auditur* avait une portée toute particulière : elle aboutissait au maintien pur et simple des principes du droit commun, principe qu'on ne faisait fléchir, pour des considérations d'équité, qu'en présence d'un débiteur exempt de turpitude, véritablement seul digne de cette faveur que constituait la *condictio ob turpem vel injustam causam*. Si le débiteur participait à la turpitude, on lui refusait la *condictio* et il restait tenu, en vertu des formalités accomplies pour la conclusion du contrat.

Dans notre législation, au contraire, où c'est le droit qui fonde l'action, il ne saurait en être de même. L'article 1131 ne distinguant pas, le débiteur, même indigne, doit avoir le droit d'invoquer le caractère illicite de la cause de l'obligation, pour répéter ce qu'il a payé, c'est-à-dire pour mettre à néant les effets de l'obligation. On ne saurait donc, croyons-nous, sans violer la

loi, lui refuser l'action en répétition, en lui opposant sa turpitude.

C'est pourtant ce qu'a fait la jurisprudence, d'une façon générale, pendant de longues années, et ce qu'elle continue à faire encore dans de nombreuses espèces, bien qu'un courant contraire se soit marqué chez elle à plusieurs reprises durant ces dernières années.

Les auteurs qui avaient d'abord soutenu, presque unanimement, la maxime *Nemo auditur*, n'ont pas tardé à en restreindre considérablement l'application, puis beaucoup l'ont, à l'heure actuelle, complètement abandonnée.

Il convient d'étudier d'abord l'application de la maxime en jurisprudence, ce sera notre première partie ; puis d'examiner successivement les raisons qui militèrent en sa faveur et celle qui, à notre avis, doivent la faire proscrire définitivement et complètement de notre droit. Nous y consacrerons notre seconde partie, où nous exposerons les opinions professées par la doctrine.

PREMIÈRE PARTIE

L'application de la maxime « Nemo Auditur » en jurisprudence

La jurisprudence est encore actuellement très incertaine sur le point de savoir s'il convient d'admettre ou non l'action en répétition du débiteur *turpis*. En 1874, dans le Recueil général des lois et arrêts, M. Dubois parle « de l'incertitude de la jurisprudence et des auteurs sur ce point, incertitude, qui loin de disparaître va plutôt croissante depuis quelques années. » En 1890 (1) M. Meynial écrivait : « La sanction qu'il convient de donner aux obligations immorales et illicites, est un des points les plus incertains de notre droit. »

Effectivement, les tribunaux qui, au début du XIX^e^ siècle, avaient essayé d'appliquer en tout état de cause la maxime romaine, se virent bientôt contraints d'en faire fléchir la rigueur en maintes hypothèses, à une époque où les auteurs n'avaient pas encore commencé à saper les fondements du système traditionnel, pour y substi-

(1) S. 90, 2, 97.

tuer le seul système véritablement conforme à la loi. Malheureusement, les tribunaux ne persévérèrent point dans cette voie salutaire et ils continuent à l'heure actuelle à appliquer dans de nombreux cas le refus d'action, en se basant sur la maxime *Nemo auditur*. Ils accordent la répétition ou la refusent dans des cas tout à fait semblables.

Vers 1890, on put croire un moment que la jurisprudence avait abandonné le système traditionnel et en était arrivée à la saine et stricte interprétation de l'art. 1131. C'est alors que M. Meynial s'exprimait en ces termes (1) : « On peut d'autant plus considérer la maxime romaine comme ayant vécu en jurisprudence, que c'est en pleine connaissance de cause que nos tribunaux se sont décidés : ce que nous venons d'exposer le montre. »

Mais depuis l'arrêt de la Cour de Caen qui motivait cette déclaration de M. Meynial, de nombreuses Cours d'Appel se sont prononcées en sens contraire et ont ressuscité la maxime romaine, dont la mort prétendue n'était qu'une passagère léthargie. L'incertitude, le manque de cohésion entre les diverses décisions judiciaires restent donc entières aujourd'hui. Nous rechercherons ultérieurement les considérations qui ont conduit la jurisprudence à rejeter dans certains cas, à conserver dans d'autres le système traditionnel. Mais par une revue rapide des dernières décisions jurispru-

(1) Loc. cit.

dentielles, il convient d'établir, tout d'abord, clairement, que la controverse en question ne présente pas un simple intérêt rétrospectif ou historique, mais pose un problème tout d'actualité, qui peut, aujourd'hui même, être tranché soit dans un sens soit dans l'autre par telle ou telle de nos juridictions.

CHAPITRE PREMIER

Actualité du problème

Parmi les décisions favorables au système traditionnel, il faut citer en première ligne, un jugement du Tribunal de Beauvais, du 3 août 1898 (1).

« Attendu que par acte du ministère de Brasseur, huissier à Beauvais, en date du 18 mai 1898, enregistré, les époux Blot ont introduit contre la femme Rogelet, une action tendant : 1° au paiement d'une somme de 245 fr. pour termes échus du prix de vente d'une maison de commerce, sise à Beauvais, rue Jean-Mazille, et du mobilier garnissant ladite maison, ainsi qu'à la déchéance du terme pour les mensualités restant à échoir, soit au paiement de la somme de 3.750 fr. avec les intérêts de droit ; 2° à la restitution d'une somme de 322 fr. 05, montant des droits d'enregistrement de l'acte de vente, avancés en l'acquit de la femme Rogelet ; 3° subsidiairement et pour le cas où l'acte de vente serait déclaré inexistant, à ce qu'ils soient autorisés à

(1) Gaz. Pal, 98, 2, 499.

réintégrer la maison de commerce et à reprendre possession du mobilier cédé par eux à la femme Rogelet.

« Attendu que les époux Blot ne contestent pas que la maison et le mobilier par eux cédés à la femme Rogelet et sur la vente desquels ils basent leurs demandes, servaient et servent encore à l'exploitation d'une maison de tolérance,

« Attendu qu'aux termes des articles 1131 et suivants C. civ., toute convention dont la cause est contraire aux bonnes mœurs ne peut avoir aucun effet,

« Attendu en conséquence, qu'aucune action utile ne peut se fonder sur des conventions qui sont, comme celles invoquées en l'espèce, entachées d'un vice radical et absolu et que par application de la maxime : *Nemo suam turpitudinem allegans auditur*, le juge doit repousser par une fin de non recevoir,

« Par ces motifs,

« Dit et juge les époux Blot non recevables dans les différents chefs de la demande par eux introduite contre la femme Rogelet, les en déboute et les condamne aux dépens »

Sans nous livrer à une critique détaillée des termes du jugement ci-dessus rapporté, nous devons cependant en signaler de suite l'illogisme flagrant, et le vain essai de conciliation qu'il tente entre la maxime *Nemo auditur* et l'art. 1131.

Il est bien évident que si la convention intervenue entre les époux Blot et la femme Rogelet ne pouvait

avoir aucun effet, parce que sa cause était contraire aux bonnes mœurs, la femme Rogelet, dès lors, occupait la maison et détenait le mobilier sans cause; les époux Blot devaient donc, conformément à leurs conclusions, être autorisés à reprendre l'une et l'autre.

La Cour de Paris, le 1er août 1907, a, dans une espèce différente, émis une opinion analogue à celle des juges de Beauvais.

Un sieur G... formait contre une dame de T... une demande en restitution de bijoux, basée sur la cause illicite du don qu'il en avait fait à cette dernière, dans le but de l'amener à nouer avec lui des relations intimes ou à les continuer.

La Cour rejette cette demande en ces termes (1) :

« Considérant, en ce qui a trait à la cause illicite, que G... soutient que les dons manuels par lui faits à la dame de T. . auraient été effectués dans le but de décider ladite dame à nouer avec lui et à continuer ensuite des relations intimes repoussées par la morale ; que cette allégation caractérise la nature de l'action qu'il entend exercer actuellement ; qu'il s'agit de l'action en répétition de ce qui a été donné pour une cause honteuse (*condictio ob turpem causam*), laquelle ne saurait être accueillie lorsque la *turpis causa* existe, non seulement à l'égard de celui qui a reçu, mais encore à l'égard de celui qui a donné ; que la loi, en effet, n'autorise pas plus la répétition de ce qui a été remis en vertu de con-

(2) Gaz. Pal, 1903, 1, 611.

ventions contraires à la morale qu'elle ne protège les actions qui auraient pour fondement et pour cause l'accomplissement de conventions de ce genre ; que G... qui ne pourrait soutenir ses prétentions qu'en établissant sa propre turpitude, ne doit donc pas être admis à faire cette preuve et à répéter les bijoux qu'il a donnés...

« Par ces motifs...., déclare G... mal fondé en sa demande de restitution de bijoux, l'en déboute. »

De même la Cour de Caen, dans son arrêt du 23 Février 1905 (1), a décidé que les conventions qui sont également immorales de la part de toutes les parties contractantes, sont entachées d'une nullité telle qu'elles ne peuvent servir de base à une action quelconque au profit de l'une d'elles, pas plus à une action en répétition de sommes volontairement payées qu'à une action en paiement. Et, en conséquence, elle déclarait irrecevable l'action en répétition de sommes versées par suite d'un transport lorsque la cause de cet acte est immorale, comme n'ayant eu pour but que de récompenser et de continuer des relations intimes.

Enfin, la Cour de Cassation (Requêtes) a admis la même théorie dans une espèce assez particulière. Il s'agissait de fonds remis à des fonctionnaires étrangers, pour les déterminer à favoriser une société dans ses tractations commerciales ; la Cour suprême a repoussé, dans son arrêt du 15 Mars 1911 (2), l'action en restitu-

(1) Mon. jud., Lyon, 21 Juillet 1905.

(2) Gaz. Pal. 1911, 1, 456.

tion formée contre la société, par l'intermédiaire, qui avait fait l'avance des fonds, versés aux fonctionnaires étrangers.

« Attendu, dit-elle, qu'aux termes des art. 1131 et 1133 C. Civ., toute convention dont la cause est illicite, comme contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, ne peut avoir aucun effet ;

« Attendu qu'il résulte des constatations de l'arrêt attaqué, que les sommes, objets du litige, étaient destinées « à être remises, à titre de commission, à des fonctionnaires d'un gouvernement étranger, pour les déterminer à favoriser la société demanderesse dans ses tractations commerciales », que de ces faits, il résulte que les conventions intervenues entre les parties ont une cause illicite, qui rend les parties irrecevables à fonder sur elles aucune action, soit pour l'exécution de ces conventions, soit pour la restitution des sommes payées ou des avances faites pour leur exécution..... qu'en effet l'action, qu'elle ait pour objet l'exécution directe de la convention ou la restitution d'avances, a, dans l'un et l'autre cas, pour fondement une obligation illicite. »

Ainsi, nous le voyons, à plusieurs reprises au cours de ces dernières années, les tribunaux ont, en s'appuyant sur la règle romaine, méconnu le principe posé par la législature dans l'art. 1131 C. Civ., et refusé la répétition en cas de turpitude commune.

Des dissidences, cependant, peuvent être signalées et

quelques décisions récentes consacrent la solution opposée. C'est d'abord un jugement du Tribunal de Commerce de Nantes du 8 Février 1908 (1), d'après lequel l'obligation sans cause ou sur fausse cause ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet. « Il en résulte que l'obligation sans cause ou sur cause vicieuse, dit ce jugement, n'est pas susceptible de ratification expresse ou tacite et que ce qui a été payé en exécution d'une obligation semblable peut être répété, alors même que l'obligation aurait été contractée librement et en pleine connaissance de cause. »

Ce jugement statue très nettement dans le sens de la répétition, et ne s'attarde pas à discuter la maxime romaine, ni les arguments qu'on invoque généralement en sa faveur.

Un arrêt de la Cour de Paris est, à ce point de vue, plus explicite, et s'il rappelle les distinctions admises à cet égard par le droit romain, c'est pour les écarter délibérément.

Cet arrêt, par sa date du 12 juin 1912 (2), est des plus intéressants, puisque c'est l'avant-dernière décision jurisprudentielle intervenue en notre matière. Il déclare fondée, sur une cause illicite et par suite ne pouvant avoir aucun effet, l'obligation de payer une somme à un individu, contractée sous la condition que ce dernier s'abstiendra de soumissionner à l'adjudication de l'en-

(1) Rec. Nantes 1908, 1, 279.

(2) Gaz. Pal. 1912, 2, 33.

lèvement des boues dans une commune; en conséquence, celui qui a payé en exécution de la convention susdite, peut poursuivre la répétition de ce qu'il a déboursé.

« Considérant, dit l'arrêt, que pour retenir la somme de 3.000 francs par lui touchée, L... prétend que G... après avoir écarté de l'adjudication sa concurrence, réaliserait un bénéfice doublement illicite, s'il devait récupérer la somme par lui employée pour l'évincer; que cette raison de prétendue équité tend en réalité à maintenir par compensation entre la somme payée et le service rendu, les effets d'une convention frappée de nullité absolue; que par suite, et sans autre examen, elle doit être rejetée du débat,

« Considérant que repousser la demande en restitution, serait méconnaître les présomptions légales contenues dans les art. 1131, 1235 et 1376 C. civ.,

« Considérant en effet que si L... devait conserver les 3.000 francs qu'il a reçus, la convention délictueuse produirait à son bénéfice tous les avantages qu'il y a stipulés; que contrairement aux exigences formelles de la loi, l'effet n'en serait que complètement anéanti...

« Considérant, d'autre part que le Code Civil n'a pas retenu, relativement aux causes des paiement indûs, les distinctions du droit Romain; que le principe formulé par l'art. 1235 est général, et comporte une seule exception, relative aux obligations naturelles, exception inapplicable en la cause; que l'art. 1376 et suivants qui

règlent la répétition de l'indû sont également conçus en termes généraux; que la moralité des opérations intervenues entre les parties, comme cause du paiement à répéter, n'est envisagé que dans l'art 1378, qui prévoit la mauvaise foi de celui qui a reçu, et aggrave pour lui l'obligation de restituer; que par suite le système invoqué par l'appelant, sur le fondement d'axiomes anciens touchant la turpitude commune ne saurait prévaloir contre les règles du droit actuel, surabondamment justifiés tant par des raisons d'équité que par des considérations d'ordre public. »

Cette décision, très juridiquement et très scientifiquement motivée prend nettement parti contre la maxime *Nemo auditur* : elle en montre l'antagonisme vis-à-vis des règles du droit actuel et fait résolument triompher celles-ci.

On pourrait croire, semble-t-il, qu'après un semblable arrêt, la maxime romaine allait se voir définitivement abandonnée en jurisprudence, et que l'antique crédit dont elle jouissait depuis tant d'années, était enfin épuisé.

Ce serait oublier qu'après l'arrêt de la Cour de Caen du 18 janvier 1888, on avait cru aussi déjà à la fin du règne de la maxime, et que peu d'années après, elle reparaissait dans divers jugements et arrêts, plus vivace et florissante que jamais. Il en a encore été de même, cette fois et par son arrêt du 1er avril 1912 (1), la Cour

(1) Gaz P. 12, 2, 134.

d'Amiens, plus soucieuse d'affirmer son attachement à la tradition que de faire preuve d'une science juridique approfondie et de saines qualités logiques, a rejeté une action en répétition en se fondant sur la maxime *Nemo auditur*. Cet arrêt infirmait un jugement du tribunal de Vervins (rapporté au Dalloz, *eod. loc.*), qui, lui, faisait justice de la règle romaine, dans des termes dignes des plus grands éloges.

A notre sens, la question est donc loin d'être bien et dûment tranchée. La maxime, comme par le passé, compte des partisans résolus et des détracteurs non moins fervents. Il nous faut rechercher maintenant les cas où s'est révélée le plus clairement son influence.

CHAPITRE II

Les principales Hypothèses pratiques où la Jurisprudence a appliqué la Maxime Romaine

Après avoir étudié les tendances générales de la jurisprudence, il convient de passer en revue un certain nombre d'hypothèses pratiques, qui se rencontrent souvent dans la vie courante et sur lesquelles les tribunaux ont eu plus particulièrement et plus fréquemment à statuer.

A notre avis, on ne saurait établir un classement parmi ces hypothèses entre les conventions immorales et les conventions illicites proprement dites. C'est que ces conventions dépendent, quant à leur caractère, de deux facteurs essentiellement variables, dont l'évolution est, on peut le dire, constante. Les mœurs et la loi varient dans le temps et dans l'espace. Tel fait indifférent à l'origine, donc permis, deviendra immoral si les opinions d'une population lui sont défavorables, puis illicite le jour où une disposition législative viendra

sanctionner l'état de chose existant. L'inverse peut se produire également : c'est ainsi que deux sortes de conventions dont nous aurons à nous occuper ultérieurement, le courtage matrimonial et l'entreprise de succès dramatique, vulgairement appelée contrat de claque, après avoir été proscrites comme immorales pendant presque tout le XIX^e^ siècle, sont aujourd'hui parfaitement admises et ont donné lieu récemment à des contestations qui furent tranchées et arbitrées par les tribunaux qui, jusqu'ici, avaient refusé de les reconnaître.

Une distinction, toutefois, paraît présenter un certain intérêt : c'est celle qui recherche, avec M. Meynial, si c'est le paiement ou bien l'acte payé qui nuit à la société. La jurisprudence paraît s'y être arrêtée dans une certaine mesure, car dans la plupart des cas où, écartant la maxime romaine, elle admet la répétition, c'est le fait du paiement lui-même qui est nuisible, par exemple lorsqu'il s'agit d'une contre-lettre majorant le prix d'un office. Il est des cas au contraire, comme la cession d'une maison de tolérance, où ce qui est immoral, c'est bien plutôt la prestation à fournir en retour de la somme promise. On n'a donc pas à s'inquiéter de savoir qui, en définitive, restera en possession de la somme promise, puisque l'intérêt public, l'ordre public ne sont pas en jeu. C'est alors que la jurisprudence maintient l'application de la maxime *Nemo auditur* et refuse obstinément toute répétition.

Cette distinction a donc une certaine importance puisque, par elle, peuvent s'expliquer en grande partie l'attitude hésitante et variable de nos tribunaux et l'incertitude regrettable qui en résulte en notre matière.

Nous examinerons successivement trois catégories d'hypothèses : 1° celles qui ne présentent plus qu'un intérêt rétrospectif parce que l'immoralité qu'on y découvrait autrefois ne s'y retrouve plus aujourd'hui ; 2° celles où l'application de la maxime est aujourd'hui écartée d'une façon constante ; 3° celles où la maxime trouve encore actuellement son application.

I. — Hypothèses ne présentant qu'un intérêt rétrospectif

A) *Contrat de courtage matrimonial.*

Notre étude de la jurisprudence va porter tout d'abord sur une convention qui pendant longtemps a été considérée comme immorale par les Tribunaux, mais que par un revirement récent et conformément à l'avis de nombreux auteurs, ils tendent à admettre comme licite à l'heure actuelle. C'est celle par laquelle une personne s'engage envers une autre à lui en faire épouser une troisième, moyennant une rétribution généralement calculée sur le chiffre de la dot et stipulée parfois

seulement pour le cas de succès de l'entreprise. C'est ce qu'on appelle communément le courtage matrimonial.

On prétendait, pour annuler ce contrat, qu'il était contraire à la sainteté du mariage et que la liberté et la moralité du consentement des époux se trouvent altérées, lorsque le courtier voit sa récompense subordonnée au fait du mariage, parce qu'il sera tenté de recourir à tous les moyens possibles pour les amener à cette union. Aussi, de nombreux arrêts décident que, est nulle comme ayant une cause illicite, l'obligation contractée par une personne de payer à un tiers un tant pour cent sur la dot, à titre de commission, pour le cas où le tiers réussirait à lui procurer un mariage à sa convenance. La Chambre Civile de la Cour de Cassation a déclaré le 20 avril 1904, que le contrat de courtage matrimonial est illicite sans exception et ne peut donner lieu à une action en justice.

Cependant, plusieurs décisions admettent qu'il faut indemniser le tiers de ses dépenses, démarches et peines.

Il faut noter que tous les arrêts n'ont jamais eu à se prononcer que sur l'action du courtier, qu'ils ont écartée régulièrement : il eût été intéressant de voir quelle solution ils eussent donnée au cas de répétition, par l'un des époux, de sommes volontairement payées par lui au courtier.

Il est permis de croire qu'ils eussent refusé également

l'action en répétition, au moyen de la maxime *Nemo auditur*, car l'époux qui a traité avec le courtier peut, dans une certaine mesure, être considéré comme participant à sa turpitude (1).

Au reste, la question semble n'avoir plus qu'un intérêt rétrospectif, car les dernières décisions judiciaires sur la matière admettent que le contrat de courtage matrimonial est licite et doit recevoir son exécution, lorsqu'il n'est entaché ni de vol ni de fraude. C'est ainsi que s'exprime un jugement du Tribunal de Lisieux du 21 janvier 1903 (2). Il est suivi par un arrêt d'Agen du 13 décembre 1909 (3), et par un jugement de Nice du 22 décembre 1909 (4), qui dispose : « Attendu qu'une commission de mariage, stipulée sans fraude et sans abus, n'a rien d'immoral et d'illicite... qu'elle représente la rémunération d'un service rendu, et que l'immoralité apparaît bien plutôt de la part de celui qui, ayant retiré le profit de la négociation, demande à la justice de le libérer de la commission consentie. »

Actuellement donc, le contrat de courtage matrimonial n'est affecté d'aucun vice et il doit recevoir son exécution comme n'importe quel contrat.

(1) Il faut noter toutefois l'arrêt de Besançon (S. 95, 2, 196) qui écarte la maxime et admet la répétition du cessionnaire de la créance, à l'encontre du cédant.

(2) S. 03, 2, 183.

(3) S. 10, 2, 211.

(4) S, 10, 2. 293.

B) *Entreprise de succès dramatique.*

Comme dans l'hypothèse précédente, nous nous trouvons en présence d'un contrat considéré pendant tout le XIXe siècle comme immoral par la jurisprudence, et que les dernières décisions des Tribunaux de date récente, ont déclaré parfaitement valable et licite. C'est l'entreprise de succès dramatique, ou plus brièvement en termes du métier, le contrat de claque.

Un jugement du Trib. de la Seine du 31 août 1838 (1) le qualifiait ainsi : « Attendu qu'un tel contrat est essentiellement basé sur le mensonge et la corruption... que ces conventions seraient encore contraires à l'ordre public : qu'en effet les manifestations mensongères et achetées d'avance, troublent chaque soir l'intérieur des théâtres et détruisent violemment la liberté d'examen du public qui paie... qu'ainsi ces conventions sont radicalement nulles comme dérogeant aux termes des art. 6, 1131 et 1133, aux lois et principes qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. »

Un arrêt de la Cour de Paris du 4 avril 1840 (2) s'inspirant de la maxime *Nemo auditur*, déclare que le contrat de claque est nul comme illicite et contraire aux bonnes mœurs et ne peut même servir de fondement à une action en répétition des sommes payées par l'entrepreneur de succès, en exécution de son engagement.

(1) D. 40, 2, 176.

(2) D. 1841, 1, 229.

Un autre arrêt de Paris du 8 août 1853 (1) est encore plus explicite :

« Attendu qu'une convention illicite ne peut produire aucun effet, que la loi ne permettant point aux parties qui ont fait, en connaissance de cause, des stipulations contraires à l'ordre public et à la morale, d'alléguer leur turpitude devant les tribunaux, la justice ne peut être saisie des débats qui dérivent de l'exécution ou de la résolution des stipulations de ce genre ; que si des sommes ont été payées, elles deviennent la propriété du possesseur, quelque honteux que soit un pareil lucre. » Cet arrêt contient la reproduction exacte et littérale de la maxime romaine. C'est l'application pure et simple de la sanction traditionnelle.

Un arrêt de la Cour de Lyon du 25 mars 1873 (2) est dans le même sens. Cette jurisprudence était véritablement rigoureuse pour ne pas dire rigoriste. Elle régnait à une époque où les classes sociales étaient séparées les unes des autres par des véritables cloisons étanches, et où des juges austères eussent craint de compromettre la dignité de leurs fonctions, en s'entretenant avec les gens du métier qui auraient pu les renseigner utilement et efficacement sur les exigences complexes de l'art dramatique. Aussi parlent-ils de « mensonge, de corruption, de violence à la liberté d'examen du public qui paie ! »

(1) D. 53, 5, 450.

(2) S. 73, 2, 179.

Un arrêt récent de la Cour de Paris du 5 avril 1900 (1) tient mieux compte des intérêts en jeu, et s'harmonise très libéralement avec les usages des planches, en abandonnant franchement les idées, peut-être un peu arriérées, de ses devanciers. « Considérant, dit-il, qu'aucune loi ne prohibe un contrat comme celui qui fait l'objet du litige et qu'une convention comme celle dont il s'agit ne peut être considérée comme contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public ; ... qu'en effet il résulte des documents versés aux débats que les applaudissements qui se produisent à certains moments fixés à l'avance, le plus souvent dans le but de faire ressortir un passage de l'œuvre, sur lequel l'attention du public est plus spécialement appelée, ne portent aucune atteinte à la liberté des spectateurs ; ... qu'il est reconnu que pour les interprètes des œuvres dramatiques, la claque est nécessaire pour les aider à vaincre l'émotion et les difficultés inhérentes à la représentation, devant le public, d'ouvrages nécessitant l'emploi de toutes leurs forces et de tout leur talent, pour lesquels ils doivent être en possession de tous leurs moyens ; qu'en outre les applaudissements, en se produisant à certains moments, donnent aux acteurs quelques instants d'un repos indispensable ; ... qu'à tous points de vue donc, le contrat dont s'agit ne peut être considéré comme sans cause ou sur une fausse cause ou sur une cause illicite, qu'il doit donc produire tous ses effets. »

(1) S, 1900, 2, 144.

Vu la précision et la netteté des motifs de cet arrêt, il est facile de conclure que l'ancienne théorie qui faisait du contrat de claque une convention immorale est actuellement abandonnée sans retour, et la question de la répétition ne pouvant plus se poser, la maxime *Nemo auditur* ne saurait plus s'appliquer ici dorénavant.

II. — **Hypothèses où l'application de la maxime est définitivement écartée**

Nous allons maintenant examiner deux cas où la jurisprudence a, depuis longtemps déjà, écarté résolument l'application de la maxime romaine, pour faire produire aux art. 1131 et 1133 C. Civ. la plénitude de leurs conséquences.

A) *Contre-lettres modifiant les traités de cession d'un office ministériel.*

La loi sur les finances du 18 avril 1816 autorisait, par son art. 91, les officiers ministériels à présenter leurs successeurs à l'agrément de la Chancellerie, mais celle-ci se réservait, en échange, le droit de contrôler et de critiquer, le cas échéant, la somme fixée par les parties, comme contre-partie de la présentation.

Ce contrôle avait pour but d'empêcher les abus qui, sous l'ancien régime, avaient rendu fort impopulaire la vénalité des charges. Mais à peine fut-il institué, que les intéressés se préoccupèrent de l'éluder, en fixant à côté du prix officiel soumis à la Chancellerie, un prix supérieur contenu dans une convention secrète, dite contre-lettre.

Pendant quelques années, plusieurs décisions judiciaires admirent la validité de ces contre-lettres. Mais on ne tarda pas à découvrir les fâcheux résultats qu'elles entraînaient en pratique : les cessionnaires des offices s'efforçaient de récupérer le prix exagéré qu'ils avaient payé, en se lançant dans des spéculations hasardeuses ou en exigeant des clients des rémunérations excessives.

Aussi, vers 1840, la jurisprudence, revenant sur son premier système, n'hésita pas à proclamer la nullité d'ordre public des contre-lettres. Elle n'a jamais varié depuis.

La question se posa alors de savoir si le cessionnaire, qui pouvait se prévaloir de la nullité pour refuser de payer le supplément de prix, avait également le droit de le répéter lorsqu'il en avait déjà acquitté le montant.

La jurisprudence commença par refuser la répétition du prix supplémentaire, en déclarant que, bien que le traité secret fût radicalement nul, il subsistait une obligation naturelle à la charge de l'acquéreur, et, aux termes de l'art. 1235 C. C., le paiement volontaire qui

en avait été fait par le cessionnaire excluait toute répétition. Mais cette théorie fut bientôt délaissée. M. l'avocat général Delangle, dans ses conclusions rapportées sous l'arrêt de la Cour de Cassation du 7 juillet 1841 (1), démontra que l'obligation naturelle ne pouvait exister que lorsqu'une obligation avait été frappée d'une nullité d'ordre privé. Or, en matière de contre-lettres, on se trouve en présence d'une nullité d'ordre public. La convention radicalement nulle ne peut laisser après elle ce reflet que constitue l'obligation naturelle.

« Nulle ratification n'est possible, ajoutait-il, et l'exécution ne protège pas contre la répétition. Quelque rigoureuse que soit cette doctrine, il la faut accueillir : la loi n'a pas d'autre sanction. Admettre l'existence d'une obligation naturelle, ce serait d'avance encourager et protéger la fraude. »

La jurisprudence se rabattit alors sur la règle *Nemo auditur*, mais ne s'en servit que peu de temps pour refuser la répétition, s'apercevant enfin que le danger des contre-lettres consiste dans leur exécution, qui peut inciter le cessionnaire à des fautes professionnelles, et que le seul remède en même temps que l'obstacle à leur développement, était la restitution, par le cédant, du supplément de prix.

La Cour de Cassation admit donc la répétition, mais affirma, bien loin d'abandonner la maxime romaine, en faire l'exacte application. « Attendu, dit-elle dans son

(1) S. 41, 1, 572.

arrêt du 11 Août 1845 (1), que la règle de droit *In turpi et pari causa, possessor potior haberi debet* ne peut s'appliquer à la cause, parce que dans l'hypothèse du droit romain, peu importe à la société, à qui des deux complices également en faute, doit appartenir la somme, objet du paiement consommé, tandis que dans la cause actuelle où il s'agit du prix d'un office public, il en est tout autrement, par le motif que la faute n'est pas égale entre le postulant et le titulaire, puisque c'est ce dernier, fonctionnaire public, ayant en cette qualité des devoirs plus étroits, qui a fait subir la loi d'un prix exagéré au postulant. »

La Cour de Cassation, par un détour, essaye ici de concilier la solution que réclamait l'intérêt public avec le respect de la règle traditionnelle. Elle admet que la faute des deux contractants doit être égale, pour que le débiteur qui a payé, perde le droit de répéter.

Bornons-nous à constater que cette exigence est contraire au droit romain, où la plupart des auteurs ne parlent que de turpitude commune et non de turpitude égale. M. Meynial s'élève avec raison contre cette manière de voir : « Mais d'abord, dit-il, qui a fait subir une contrainte à l'autre : du vendeur par sa rapacité, ou de l'acheteur par ses offres fascinatrices? Et puis lequel des deux est soumis à une plus grande délicatesse, du fonctionnaire qui va cesser de l'être, ou de celui qui aspire à le devenir? Et enfin faut-il bien, pour l'appli-

(1) S. 45, 1, 643.

cation de la maxime, qu'il y ait faute égale des deux parties et ne suffit-il pas que chacun soit coupable, quelle que soit l'intensité de la faute? »

Le droit à la répétition, considéré comme découlant de la nullité absolue de l'obligation constatée par la contre-lettre, et comme résultant de l'art. 1235 du Code Civil, fut accordé au cessionnaire par un arrêt de la Cour de Cassation du 5 Janvier 1846 (1) qui proclame, sans restriction, le droit à la répétition : « Attendu, dit-il, que la contre-lettre n'est, en cette matière, qu'un acte frauduleux, subreptice et contraire à l'ordre public, que sa nullité est absolue et qu'elle n'est ainsi susceptible d'aucune ratification obligatoire ou exécution valable, ce qui résulte expressément des art. 1131 et 1133 du C. C. — Attendu que la convention contraire à l'ordre public n'engendre aucune obligation mutuelle : que la somme promise par cette convention n'est pas due et, qu'aux termes de l'art. 1235 du C. Civ., le paiement qui en a été fait est sujet à répétition. »

Depuis cette date de nombreux arrêts ont confirmé cette théorie sans qu'aucune dissidence se soit produite (2).

C'est, en somme, un des cas les plus importants où la jurisprudence, dominée par des considérations

(1) S. 46, 1, 116.

(2) L'art. 6 de la loi de Finances du 27 Février 1912 a déclaré nulle et de nul effet toute contre-lettre ayant pour objet une augmentation du prix stipulé dans le traité de cession d'un office ministériel, consacrant ainsi officiellement la solution jurisprudentielle.

d'intérêt général, ait fait fléchir devant elles, l'autorité de la maxime romaine, pour appliquer la véritable sanction légale, à une époque où la grande majorité des auteurs soutenaient encore le système traditionnel.

B) *Cession d'une part d'office ministériel.*

La mise en société des charges et offices était admise dans notre ancien droit et fut même tolérée par la Jurisprudence jusque vers 1850. Mais vers cette époque un revirement se produisit.

C'est qu'en effet aux termes de la loi du 28 Avril 1816, les offices ministériels ne sont pas dans le commerce. Son art. 91 permet seulement au titulaire de présenter son successeur à l'agrément de la Chancellerie, moyennant une certaine somme. Mais il faut que le cessionnaire soit accepté par le Gouvernement. En conséquence, un officier ministériel ne peut prendre un associé pour l'exploitation de sa charge, alors même qu'il remplirait les conditions de capacité exigées par la loi. L'Etat lui-même ne pourrait concéder un office à deux personnes également qualifiées : ceci tient à ce que l'association enlèverait aux officiers ministériels une grande partie de leur indépendance, en permettant aux associés de contrôler leurs actes, ce qui restreindrait la liberté d'action dont les officiers ministériels ont besoin pour exercer leur profession. Le désir de réaliser des gains pourrait, de plus, les inciter à des spéculations hasar-

deuses ou à des exagérations regrettables dans les fixations d'honoraires.

Aussi la Jurisprudence, sous l'influence de ces diverses raisons, en vint à déclarer ces associations illicites et en proclama la nullité.

Dans la plupart des hypothèses, il s'agissait de charges d'agent de change, où l'association s'imposait presque, à raison de la valeur qu'elles avaient acquise et des lourdes responsabilités qui y étaient attachées. Les Tribunaux n'admirent pas ici, toutes les conséquences logiques de la nullité : ils refusèrent toute action en répétition, en se basant sur la maxime *Nemo auditur* : les associés ne pouvaient reprendre leurs apports et l'agent de change ne pouvait leur réclamer les dividendes qu'il leur avait payés.

La loi du 2 Juillet 1862 intervint peu après : elle autorisa les agents de change près les Bourses munies d'un parquet à « s'adjoindre des bailleurs de fonds intéressés, participant aux bénéfices et aux pertes résultant de l'exploitation de l'office et de la liquidation de sa valeur ». Ces associés ne sont que des commanditaires : ils ne peuvent intervenir dans la gestion de la charge dont l'agent doit posséder la direction exclusive. Cette disposition montre bien, qu'en principe, l'association pour l'exploitation d'un office est illicite, puisque le législateur a dû intervenir pour l'autoriser, et encore avec des restrictions, au profit des agents de change

Aussi les Tribunaux maintinrent-ils la nullité des associations, en dehors des cas prévus par la loi de 1862, lorsqu'il s'agissait par exemple d'une charge de notaire, d'huissier ou de courtier maritime. Pendant une vingtaine d'années, en outre, elle continua à faire l'application de la règle romaine et à refuser toute action en répétition, aux associés, sous prétexte que pour agir, il leur fallait invoquer le contrat de société, qui devait rester sans effet : cette sanction était très insuffisante en l'espèce, puisque c'est le versement des fonds qui constituait ici le danger social. Néanmoins les Tribunaux persistèrent un certain temps dans cette voie. Les membres d'une société illicite ne peuvent alléguer en justice aucun droit fondé sur le contrat nul. Si certains associés conservent ce qu'ils ont reçu c'est en raison de l'indignité de leurs coparticipants qui doivent être repoussés comme invoquant leur propre turpitude.

Cette jurisprudence avait maints inconvénients : outre qu'elle privait les associés du droit d'agir que leur accordent les articles 1235 et 1376, elle pouvait aboutir à des résultats contraires à l'équité. Un associé sans scrupule pouvait provoquer la nullité au moment où il réalisait des bénéfices appréciables et dépouiller ainsi ses coassociés. Certaines sommes pouvaient rester aux mains du gérant, qui n'est parfois qu'un simple employé, c'est-à-dire un tiers.

La jurisprudence décidait en outre, contrairement aux conséquences logiques du principe de la nullité

qu'elle avait édicté, que lorsque l'association avait fonctionné, il fallait la liquider conformément aux dispositions de l'acte de société. Elle assimilait ainsi l'annulation de la société illicite à la dissolution d'une société licite. C'était laisser produire effet pour le passé à l'accord des parties. Aussi, grâce à cette façon d'agir, les cessions de parts illicites d'offices ministériels devinrent plus nombreuses.

La jurisprudence s'émut enfin de la multiplication de ces conventions dangereuses pour l'intérêt public, et, par une nouvelle et dernière évolution elle adopta la véritable sanction conforme aux textes du Code Civil, en autorisant la répétition des apports versés par les associés (1). Plusieurs autres arrêts ont statué en ce sens. Un arrêt de la Cour de Cass. du 25 janvier 1887 (2) dit : « Attendu que la somme de 44.000 francs payée par M... (le cessionnaire) n'était pas due et que, par suite, la restitution demandée en devait être ordonnée, attendu que l'arrêt attaqué repousse comme irrecevable la demande en restitution formée par M... et fonde sa décision .. sur ce que l'art. 1235 n'est applicable qu'autant que ce qui a été payé indûment ne l'a point été en exécution d'une convention illicite. — Attendu qu'en statuant ainsi, l'arrêt attaqué a méconnu les conséquences juridiques de la nullité des conventions par lui prononcée, et formellement violé les articles sus-visés Casse. »

(1) Cass., 10 décembre 1878, S, 1880, 1, 61.

(2) S, 87, 1,224.

Un autre arrêt de Caen du 18 janvier 1888 (1), est dans le même sens et après avoir écarté catégoriquement la règle romaine, il accorde la répétition des sommes versées par le cessionnaire d'une part d'office de courtier maritime.

Depuis lors la jurisprudence n'a pas varié et semble définitivement établie.

III. — **Hypothèse où la maxime trouve encore son application**

A) *Négociations de valeurs cotées avec le concours d'un coulissier.*

Alors que dans les hypothèses précédentes, les tribunaux ont fini par accorder la répétition après l'avoir refusée pendant de longues années, nous nous trouvons ici en présence d'une évolution beaucoup plus rapide et en sens inverse. La jurisprudence sous l'influence de considérations d'utilité pratique se voit, à un moment donné, forcée d'abandonner le système de la répétition pour refuser toute action aux intéressés. A maintes reprises en effet, en se basant sur les termes exprès de l'art. 76, C. Comm., elle avait prononcé la nullité des négociations de valeurs cotées effectuées sans le concours d'un agent de change, et plus rigoureuse qu'à l'ordinaire,

(1) S, 90, 2,97,

elle avait admis toutes les conséquences de la nullité; en particulier elle autorisait le donneur d'ordres, pourtant complice de la faute, non seulement à refuser le paiement au coulissier, mais encore à exercer l'action en répétition lorsqu'il avait payé.

En 1885, un revirement subit se produisit et les décisions judiciaires délaissèrent la seule sanction véritablement logique et légale pour refuser l'action en répétition au mandant. Elle était mue, il faut le reconnaître, par des nécessités économiques très puissantes; des intérêts multiples étaient soumis à une fâcheuse instabilité avec l'anéantissement possible de négociations qui semblaient irrévocables. Monsieur Crèpon, dans son ouvrage « De la Négociation des effets publics », expose très nettement les dangers du premier système de la jurisprudence. « Donner au mandant, pendant trente années, dit-il, le droit de répéter les sommes librement versées en exécution d'un mandat librement donné, et portant sur un objet qui, en soi, n'a rien de contraire à la morale ni au bien public, ce serait pousser un système juste à des conséquences qui le dénaturent et le faussent : la loi voulait protéger le crédit public : on le trouble; assurer au profit des spéculateurs honnêtes la sincérité des opérations : on annule au profit des spéculateurs véreux, des règlements sincèrement faits; la loi par la sûreté et la régularité des transactions voulait aider à leur développement : par les incertitudes au milieu desquelles on les place, par les risques

auxquels elles se voient soumises, on les arrête, on les entrave ».

Ces considérations pratiques déterminèrent la Cour de Cassation à négliger la stricte application de la loi pour adopter un système plus conforme à l'intérêt public.

Dans son arrêt de 22 avril 1885 (1) elle dispose : « Attendu que si d'une part, tant que le règlement définitif des opérations n'a pas eu lieu, l'intermédiaire ne peut porter à son compte des négociations faites sans le concours d'un agent de change et poursuivre par action en justice soit le remboursement intégral de ses avances, soit l'attribution de sommes déposées entre ses mains; d'autre part on ne pourrait accorder une action en répétition des sommes versées à celui qui, en connaissance de cause, a pris livraison des titres et en a payé le prix, ou qui, en l'absence de levée et de livraison de titres, a réglé définitivement les opérations faites ».

Ce système, à coup sûr, est fort équitable et répond assez heureusement aux exigences de la pratique, mais on ne saurait nier qu'il tourne la loi, qui, jusqu'ici, avait été appliquée très exactement par les précédentes décisions.

En effet, il déclare irrecevable, malgré l'irrégularité de la négociation, l'action en répétition, lorsqu'il est établi que l'opération était définitivement réglée et que le mandant l'avait ratifiée en pleine connaissance de cause. Or, il est assez peu juridique, en notre matière,

(1) S. 85, 1, 249.

de venir parler de ratification. La nullité des négociations dont s'agit est une nullité radicale, absolue. Elle ne peut donc être couverte par aucune confirmation. Et c'est pourtant comme une ratification qu'est interprété, par la Cour de Cassation, le règlement des opérations par le donneur d'ordres. La jurisprudence se fondait ouvertement sur l'art. 18 de l'arrêt du Conseil du 24 septembre 1724 « deffendant à tous huissiers de S. M. de délivrer assignation sur le fondement des opérations illicites ». Or cet arrêt a été formellement abrogé par l'art. 3 de la loi du 28 mars 1885. Comment alors la Cour de Cassation a-t-elle pu étayer sa nouvelle théorie sur un texte aussi nettement mis à néant par la nouvelle loi sur les marchés à terme.

De plus, même si l'on admet, malgré la généralité des termes de cette loi, que l'abrogation ne vise que les art. 29 et 30 de l'arrêt du Conseil et laisse debout l'art. 18, la thèse de la Cour suprême se trouve encore manquer de base. En effet, l'arrêt n'empêche pas seulement le demandeur, mais encore le défendeur, d'invoquer les négociations, car il fait aussi « deffense à tous juges de prononcer un jugement sur icelles, à peine de nullité ». L'art. 18 proscrit donc à la fois l'action et l'exception fondées sur l'irrégularité de l'opération, et se trouve en contradiction formelle avec la jurisprudence actuelle. En réalité celle-ci, sans vouloir l'avouer, s'appuyait secrètement sur la règle *Nemo auditur* en l'évoquant indirectement. Elle déclarait, en effet, que la nullité

n'est plus opposable lorsque les opérations ont été réglées « en connaissance de cause ». C'est une innovation, car l'arrêt de 1724 ne parle nullement de cette condition. On doit y voir, sans conteste, un emprunt mal déguisé à la maxime romaine. Si l'on fonde le refus de l'action sur la fraude à la loi du donneur d'ordres, qui en réglant l'intermédiaire sans qualité devient son complice, il est logique que lorsqu'il est de bonne foi et ignore l'irrégularité, il soit admis à exercer la répétition. La jurisprudence n'a pas varié depuis 1885 et elle accorde d'une façon constante l'exception au donneur d'ordres qui n'a pas encore payé, tout en lui refusant la répétition lorsqu'il a réglé le coulissier, en connaissance de cause.

B) *Effets de Complaisance.*

Les commerçants dont les affaires périclitent, ont parfois recours à la mise en circulation d'effets fictifs, qu'on appelle communément effets de complaisance. Leur mécanisme est assez simple : le commerçant fait souscrire par des personnes complaisantes et souvent insolvables, des effets qui sont passés à son ordre. Il les présente alors à un banquier, qui lui en paye le montant moyennant escompte. A l'échéance, le commerçant paye le montant des effets s'il le peut, mais en général, il les fait renouveler ou les acquitte en créant de nouveaux effets fictifs. Le négociant peut aussi recourir à un autre procédé qui consiste à tirer une lettre de change sur un

débiteur fictif. En tous cas, on se trouve en présence d'un effet créé en dehors de toute opération commerciale réelle.

Aucune disposition de nos lois ne réprime cet acte, mais en présence des atteintes graves qu'il peut porter au crédit commercial, et du danger permanent qu'il constitue dans la circulation des effets publics, la jurisprudence a cru devoir prononcer la nullité des effets de complaisance, en vertu de l'art. 1131, soit pour défaut de cause, c'est le cas des billets à ordre, soit pour cause illicite, et c'est le cas des lettres de change, qui tendent à faire croire à un crédit imaginaire et à tromper les tiers sur les situations respectives du tireur et du tiré.

Logiquement, deux conséquences devraient résulter de cette nullité : d'abord le souscripteur du billet à ordre ou le tiré de la lettre de change doit pouvoir refuser de payer en invoquant le caractère illicite de son obligation; en second lieu, il doit pouvoir réclamer au bénéficiaire ou au tireur le montant des sommes qu'il a payées, lorsqu'il l'a fait sans avoir reçu de provision. La jurisprudence admet sans difficulté la première conséquence; il existe cependant un cas où le débiteur est obligé de s'exécuter, c'est lorsqu'il se trouve en présence d'un porteur de bonne foi : en raison de l'intérêt de la circulation des effets de commerce, on ne saurait lui opposer le défaut de cause ou la cause illicite de son obligation.

Mais les Tribunaux repoussent le second des effets

naturels de la nullité par eux admise ; pour eux, le souscripteur ou le tiré qui a payé le montant de l'effet de complaisance n'a pas de recours contre le bénéficiaire ou le tireur. Ils se fondent, pour juger ainsi, sur la maxime *Nemo auditur.*

D'après elle, celui qui est complice de l'illégalité ou de l'immoralité d'une convention ne peut l'invoquer en justice, et notamment, s'il a payé, il ne peut agir en répétition. Dans notre hypothèse, pour se faire rembourser par le tireur, le tiré devrait prouver qu'il a payé sans cause, et il ne peut le faire qu'en démontrant un accord illicite existant entre lui et le tireur, ce qui revient à alléguer sa propre turpitude. Aussi est-il repoussé d'une façon constante (1).

Il existe cependant certains cas exceptionnels où la répétition est admise. Lorsque le titre est resté entre les mains du tireur ou du bénéficiaire, les Tribunaux autorisent le tireur ou le souscripteur à le réclamer, car ils considèrent que la remise du titre ne constitue pas, à proprement parler, le paiement volontaire susceptible de paralyser l'action du débiteur.

Cette condition du paiement volontaire semble posséder une importance considérable aux yeux de la jurisprudence. En effet, la Cour de Cassation (Ch. des Requêtes) dans un arrêt du 4 janvier 1897 (2), a été

(1) Voir en ce sens Cass., Requêtes 9 juin 1891, P. F. 92, 1, 157 ; Nancy, 2 janvier 1893, S. 94, 2, 206 ; C. Paris, 16 novembre 1888, S. 91, 2, 89.

(2) S. 98, 1, 309.

jusqu'à admettre que le souscripteur de billets annulés pour cause immorale, « qui ne les a payés que contraint et forcé, à la suite d'une saisie exécution pratiquée à son domicile, et afin d'éviter la vente de ses meubles saisis et sous la réserve de faire statuer sur la nullité de l'obligation, est fondé à se faire restituer la somme versée. » Mais il faut remarquer que, des termes mêmes de l'arrêt, il résulte que lorsque le paiement a eu lieu volontairement, la répétition n'est plus possible; le souscripteur ou le tiré ne peut obtenir de l'autre partie le remboursement de sommes qu'il a payées sans cause, sans avoir rien reçu en échange.

Ce système de la jurisprudence a été assez souvent critiqué, notamment par M. Meynial, dans une note du Sirey(1). « Est-ce que, dit-il, la menace dont il s'agit (du refus d'action), empêchera un débiteur mal en point de tirer des lettres de change? Cela est douteux, mais ce qui est certain, c'est qu'une fois émises, cela empêchera le tiré de les payer. Il faudra avoir la précaution de faire accepter la lettre avant de la recevoir, et ce sera là plutôt une entrave à la rapidité de la circulation fiduciaire. C'est pour éviter les protêts qu'on a règlé le paiement pour autrui de la lettre de change. Pourquoi, sous la pression des mêmes raisons, ne pas en admettre l'application ici? En tous cas, si le doute est permis en cette matière, n'est-il pas préférable de ne pas infliger une véritable peine qui n'est édictée par aucun texte? »

(1) 1891, 2, 89.

Cette remarque est fort justifiée. Il y a là une déchéance, une véritable pénalité existant à la charge des souscripteurs ou des tirés. De plus, comme l'observe avec raison M. Meynial, le refus d'action profite aux créanciers du tireur ou du bénéficiaire, et comme dans la plupart des cas celui-ci est mis en faillite, c'est la masse qui s'augmentera du montant des effets de complaisance. Les créanciers s'enrichiront ainsi aux dépens de l'autre partie, grâce à la fraude de leur débiteur.

Malgré la supériorité logique de la répétition, il faut reconnaître qu'elle présenterait ici en pratique de sérieuses difficultés d'application, notamment en ce qui concerne l'évaluation des profits retirés, par chacune des parties, de la circulation des effets de complaisance. Ces difficultés ont, sans aucun doute, exercé une influence considérable sur les décisions judiciaires intervenues en notre matière, qui ont, à maintes reprises, refusé la répétition.

C) *Contrats entre concubins.*

C'est en s'inspirant de considérations exclusivement morales que les Tribunaux appliquent la maxime *Nemo auditur* aux contrats passés entre elles, par des personnes qu'unit un lien de concubinage.

Tout d'abord, ils annulent, comme ayant une cause illicite, les contrats à titre onéreux intervenus entre

concubins : la conséquence de la nullité est le refus absolu d'action aux intéressés.

La Cour de Cassation, à plusieurs reprises, et notamment dans son arrêt du 4 janvier 1897 (1), pose le principe que est nul, comme ayant une cause contraire aux bonnes mœurs, le billet souscrit dans le but de payer, maintenir ou prolonger des relations illicites.

Plus récemment, et conformément à cette décision, un arrêt de la Cour de Nancy du 21 juillet 1905 (2) a jugé que l'obligation souscrite par un amant à sa maîtresse doit être déclarée nulle, si la cause du contrat est la rémunération de relations illicites et si la prestation promise ne peut être considérée que comme le *pretium stupri*.

Un arrêt de la Cour d'Aix du 25 janvier 1883 a eu à se prononcer sur une action en répétition intentée par un amant à sa concubine et il l'a rejetée en s'appuyant sur la règle romaine. Cet arrêt rapporté au Dalloz (1883, 2, 237) décide que le billet souscrit par un individu au profit de sa concubine doit être annulé comme ayant une cause immorale et illicite, lorsqu'il résulte de tous les faits du procès que la contre valeur de ce billet n'a pas été fournie, et qu'en le souscrivant au moment où il allait rompre d'anciennes relations, cet individu n'a eu en vue que de rémunérer plus amplement des complaisances passées et surtout d'acheter à prix d'argent

(1) D. 97, 1, 126.

(2) Recueil Nancy, 05, 229.

le silence, la paix et la liberté qui lui devenaient indispensables à la suite d'une rupture imposée par les circonstances. Et l'arrêt ajoute : « les sommes payées par le souscripteur postérieurement à la date du billet ne sont pas sujettes à restitution. »

Plus récemment un jugement du Tribunal de la Seine du 26 juillet 1904 (1) a statué dans le même sens que l'arrêt ci-dessus. Un sieur W.. avait souscrit deux billets de 25.000 fr. au profit d'une demoiselle G... Obligé de les payer aux tiers porteurs, il en demanda le remboursement à la demoiselle G..., alléguant que leur cause (à savoir la continuation de relations intimes entre elle et lui) était illicite, qu'ils étaient nuls par conséquent et qu'il avait dès lors le droit d'exercer un recours contre la bénéficiaire.

Le Tribunal le repoussa en ces termes : « Attendu qu'en admettant comme exactes les affirmations du demandeur, la conclusion qu'il prétend en tirer ne saurait être accueillie, que c'est le cas d'appliquer l'adage *In pari causa melior est causa possidentis*, que les tribunaux n'ont pas à connaître de l'exécution des conventions basées sur des causes illicites ou immorales, que des conventions de cette sorte ne sauraient engendrer d'action ni pour l'une ni pour l'autre des parties,

« Attendu qu'il s'ensuit que la demande de W... doit être purement et simplement rejetée... »

(1) Gaz. Pal. 1904, 2, 355.

La Cour de Paris, on le voit, affirme, par cet arrêt sa fidélité à la solution traditionnelle.

Nos tribunaux agissent de même en ce qui concerne les donations déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux, lorsqu'elles ont pour but de continuer, nouer ou rémunérer des relations illicites. Longtemps ils épargnèrent les donations ouvertes et n'osèrent point les attaquer pour cause de concubinage.

Un arrêt récent de la Cour de Bastia a rompu avec cette tradition, en annulant pour cause illicite une donation faite ouvertement par acte notarié à une concubine (1).

« Attendu, dit l'arrêt, que les circonstances de la cause, les lettres et autres documents versés aux débats, prouvent à l'évidence que les libéralités de B. . au profit de la demoiselle G... n'a pas eu d'autre but que le maintien des relations illégitimes entre B... et M^lle^ G...

« Attendu que l'appelante est impuissante à assigner à la donation une autre cause que le concubinage et le désir de B... de conserver auprès de lui sa trop volage concubine... »

Cette décision a été vivement critiquée comme faisant revivre dans notre droit, l'incapacité édictée jadis contre les concubins par l'Ordonnance de 1626 que notre Code n'a point reproduite. L'art. 902 s'exprime en effet ainsi : « Toutes personnes peuvent recevoir ou disposer entre vifs ou par testament, excepté celles que la loi en déclare

(1) C. Bastia, 31 juillet 1907, D 09, 2, 266.

incapables. » La loi ne frappe les concubins d'aucune incapacité, donc ils sont capables et c'est violer l'art. 902 que d'annuler les libéralités qu'ils se font.

Les Tribunaux d'ailleurs, s'inspirant toujours de considérations d'intérêts pratiques, commettent une regrettable confusion entre la cause et les motifs des donations. On admet que celles-ci n'ont d'autre cause que l'intention libérale du disposant, c'est-à-dire sa volonté de gratifier autrui sans en recevoir rien en échange (1). Cette conception est puissamment fortifiée par cette phrase de Bigot Préameneu : « La cause est dans l'intérêt réciproque des parties ou *dans la bienfaisance de l'une d'elles.* »

Dès lors, la cause d'une donation, l'intention libérale envisagée *in abstracto* ne sera jamais illicite ou immorale. Le donateur peut à vrai dire, viser un but critiquable, chercher à corrompre le donataire ou vouloir récompenser sa corruption : il s'agira, non de la cause, élément abstrait et toujours identique pour tous les actes d'une même catégorie juridique, mais du motif, essentiellement subjectif et variable, suivant les individus et les circonstances, élément dont le juge n'a pas à se préoccuper. Ceci montre bien que les art. 1131 et 1133 ne sauraient s'appliquer aux donations et celles-ci, contrairement à l'avis de la jurisprudence, ne devraient pas pouvoir être annulées pour cause immorale et illicite.

(1) D. 1907, 1, 137. Note Colin.

En fait, la jurisprudence n'admet les libéralités entre concubins que lorsqu'elles n'ont pas eu pour cause impulsive et déterminante la création ou la continuation des relations immorales. Elles subsistent notamment lorsqu'elles interviennent après la cessation de la vie commune et que le donateur, obéissant à un devoir de conscience, cherche à réparer le préjudice que les relations ont pu causer à sa concubine. Il s'agit ici alors de l'exécution d'une obligation naturelle (1).

Mais les Tribunaux refusent impitoyablement toute action en exécution, lorsque l'obligation est née d'un pacte immoral ayant pour but soit de récompenser la concubine de ses complaisances coupables envers le donateur, soit de la garantir contre les conséquences pouvant en résulter.

D) *Contrats relatifs aux Maisons de Tolérance.*

Les Tribunaux, sauf quelques rares exceptions, ont, par de nombreuses décisions, refusé de sanctionner les marchés relatifs aux maisons de tolérance, et ont écarté systématiquement toutes les actions intentées à leur occasion. Ils estiment d'abord que les gens qui participent à de tels contrats sont indignes de la protection de la loi : pour eux, le fait c'est le droit. En pareille matière, la raison du plus « fort », dans le sens du plus rusé, du

(1) Aix, 10 janvier 1878, S. 78, 2, 211.

plus habile, doit toujours être la meilleure. De plus, les Tribunaux considèrent qu'il serait contraire à la dignité de la magistrature d'écouter de semblables débats : leurs prétoires ne doivent point être profanés par les discussions de plaideurs dont la seule profession révolte la conscience des honnêtes gens.

Les décisions sont multiples en la matière, qui affirment hautement le principe posé par la maxime *Nemo auditur* et le refus d'action qui en est la conséquence directe.

Un jugement du Tribunal de paix de Poitiers du 23 janvier 1860 (1) décide que le prix des débauches et consommations faites dans une maison de tolérance ne peut être réclamé en justice, même par voie de compensation.

Un arrêt de Douai du 24 octobre 1887 (2) déclare que les parties qui ont pris une part égale à une convention immorale sont, l'une comme l'autre, non recevables à demander soit l'exécution, soit la nullité de cette convention. En conséquence, celui qui a vendu un immeuble à usage de maison de tolérance avec le mobilier le garnissant, n'est pas fondé à réclamer la restitution du mobilier par lui livré à l'acheteur. Le vendeur peut seulement réclamer à l'acheteur la restitution de l'immeuble vendu, en se fondant uniquement sur son titre de propriété.

(1) D. 60, 3, 40.

(2) S. 90, 1, 99.

La vente d'une licence de tolérance et du mobilier servant à son exploitation est nulle, dit la Cour de Paris, dans son arrêt du 14 Décembre 1889 (1), mais la vente de l'immeuble où la licence est exploitée est valable, si l'usage de cet immeuble n'est pas, d'après la convention des parties, indissolublement liée à l'emploi de la licence vendue.

Celui qui a cédé une maison de tolérance par lui exploitée, moyennant un prix applicable pour moitié au fonds de commerce, et pour l'autre moitié aux meubles et au droit au bail, ne peut, alors que sur une demande en paiement des intérêts du prix restant dû, le cessionnaire a opposé la nullité de la convention comme immorale, réclamer ni obtenir la restitution des meubles livrés par lui, en exécution de ladite convention. C'est ce qu'exprime la Cour de Riom dans un arrêt du 30 Novembre 1893 (2); cet arrêt, notons-le en passant, infirme un jugement de Clermont-Ferrand qui ordonnait la restitution du mobilier, comme détenu sans droit ni titre par les acquéreurs.

Un arrêt d'Alger, du 9 Mai 1894 (3), doit être signalé pour la conviction et la vigueur avec lesquelles il affirme la persistance de la maxime : il juge que, lorsque le propriétaire d'un immeuble, dans lequel il exploitait une maison de toléranee, l'a donné à bail à un

(1) D. 90, 2, 189.

(2) S. 94, 2, 75.

(3) S. 94, 2, 302.

tiers, qui devait y continuer et y a effectivement continué la même exploitation, l'action du propriétaire tendant à obtenir, par voie d'expulsion du locataire, la restitution de l'immeuble, de même que l'action du locataire tendant à se maintenir dans la jouissance de l'immeuble loué, doivent être déclarées, l'une et l'autre, irrecevables.

« Attendu, dit-il, que le litige n'a eu d'autre but pour L..... que de rentrer en possession des locaux où jusqu'à la concession qu'il a consentie, il se livrait à l'exploitation d'une maison de tolérance.

« Attendu qu'illicite dans sa cause, plus illicite encore dans le but qu'elle poursuit, une telle action ne saurait, de part et d'autre, trouver accès dans le prétoire et, que dans l'état d'une turpitude commune, les prétentions de l'une comme de l'autre partie doivent être repoussées. »

Le jugement de Beauvais, du 3 Novembre 1898 (1), dans une espèce analogue, est également à retenir parce qu'il tente un vain essai de conciliation entre la règle romaine *Nemo auditur* et l'art. 1131 C. Civ.

La cession d'une maison de tolérance est considérée comme illicite : il en est de même du prêt d'argent lorsque les deniers doivent servir à l'acquisition d'un tel établissement. C'est ce que décide la Cour de Cass. (Requêtes) dans son arrêt du 1er Avril 1895 (2). Pour elle, toute convention dont la cause est contraire aux bonnes

(1) Gaz. Pal. 98, 2, 499.

(2) S. 96, 1, 289.

mœurs ne pouvant avoir aucun effet, est nulle l'obligation contractée par l'emprunteur d'une somme d'argent dans le cas où l'emprunt a eu pour cause, dans la commune intention des parties, l'acquisition d'une maison de tolérance ; le prêteur ne peut ni demander le remboursement de la somme prêtée, ni la répéter comme indûment payée.

Il faut citer encore un arrêt de la Cour de Limoges du 30 Avril 1888 (1) qui déclare que « les conventions nées à l'occasion de rapports ayant existé entre des personnes exerçant la prostitution ont une cause contraire aux bonnes mœurs, et toute action ayant pour fondement ces conventions est irrecevable. Spécialement est irrecevable la demande formée par une fille publique contre le chef de la maison dont elle était pensionnaire, en restitution d'effets et d'objets mobiliers, lorsque le litige ne peut être tranché sans connaître de conventions ou de faits ayant une cause immorale. »

Le 1er Mai 1888, le Tribunal de Commerce de la Seine (2) a jugé que le billet souscrit par le propriétaire d'une maison de tolérance, en représentation de fournitures de vin de champagne, à lui faites pour l'exploitation de ladite maison, est nul et ne saurait lier le souscripteur, comme ayant une cause immorale.

En dernier lieu, il convient de signaler la décision de la Cour de Cassation (Requêtes), en date du 11 Novembre

(1) D. 89, 2, 38.

(2) Gaz. Pal. 1888, 1, 797.

1890 (1), d'après laquelle les créances qui ont pour cause des services de domesticité rendus dans une maison de tolérance sont, à bon droit, éliminées d'un ordre ouvert entre créanciers, comme fondées sur une cause contraire aux bonnes mœurs.

Quelques décisions, à vrai dire, trop peu nombreuses, se séparent de l'ensemble de la jurisprudence, pour condamner l'application de la règle romaine qui trouve ici toute son ampleur, et pour faire une saine et juridique interprétation des textes du Code Civil.

C'est d'abord l'arrêt de la Cour de Paris du 13 Février 1877 (2) qui dit valable l'obligation causée pour prêt d'argent, bien que les fonds aient été destinés à l'achat d'une maison de tolérance.

« Considérant qu'en présence d'un contrat dont la cause juridique est déterminée et licite, on ne saurait faire dépendre la validité de l'obligation, ni du motif de la convention, ni de l'usage qui aurait été fait de la somme empruntée. Condamne X... à payer à la prêteuse le montant de l'obligation susénoncée. »

L'arrêt réforme un jugement du Tribunal de Versailles qui déboutait la prêteuse.

Un arrêt de la Cour de Paris (5e Ch.) du 31 Mai 1870 (3) est dans le même sens. La cessionnaire d'une maison de tolérance qui s'était acquittée en billets et en

(1) D 91, 1, 484.

(2) S. 77, 2, 233.

(3) S. 74, 1, 241 sous note.

avait payé plusieurs à un porteur de bonne foi, exerçait son recours contre ses vendeurs. « Attendu, dit la Cour, que rejeter la demande de la veuve V... aurait pour résultat de laisser entre les mains des époux L... le montant du billet souscrit par la veuve V... pour prix de la cession de la maison de tolérance, montant qu'ils ont touché lors de l'endossement par eux fait aux tiers, par conséquent de donner exécution et effet à une obligation dont la cause est illicite, et que le rejet de cette demande serait donc une violation manifeste du principe posé par l'art. 1131... Que dans sa demande en garantie, la veuve V... agit non en vertu de l'obligation qui est radicalement nulle, mais en vertu de l'action tendant à la répétition de l'indû qui lui appartient évidemment, puisqu'elle a payé au profit des époux L... ce que nulle obligation valable ne la contraignait à payer, que sa demande est donc recevable et justifiée. » Peu d'arrêts ont, aussi nettement que celui-ci, tiré les conséquences logiques de la nullité d'une convention illicite.

Dans un jugement rendu au sujet du bail d'une maison de tolérance, le Tribunal de Tunis, le 5 Juin 1893 (1), a écarté très résolument la règle romaine : « Attendu que le droit Romain admettait un principe qui était formulé dans les termes suivants : *in pari causa turpitudinis, melior est causa possidentis*..... Attendu que ce principe a été consacré par quelques arrêts, mais que la Jurisprudence tend de plus en plus à l'abandonner.....

(1) S. 94, 2, 211.

Attendu, en effet, qu'il n'a été consacré dans notre droit par aucun texte de loi et que le Code Civil dispose d'une façon générale dans l'art. 1131 que l'obligation dont la cause est illicite ne peut produire aucun effet. » En disant que la Jurisprudence tendait à abandonner la règle romaine, le jugement se fondait, sans nul doute, sur l'important arrêt de la Cour de Caen, du 13 Janvier 1888, déjà cité, qui consacre formellement le principe de la répétition. La Chambre des requêtes de la Cour de Cassation avait pourtant déjà repris le système traditionnel du refus d'action, dans son arrêt du 8 Juin 1891 (1), bientôt suivi de l'arrêt du 1er Avril 1895 (2).

Citons encore, comme écartant la maxime romaine, l'arrêt de la Cour de Bordeaux du 5 janvier 1885 (3). Il dispose que les art. 1131 et 1133 ne frappant de nullité que les obligations dont la cause, et non le motif, est illicite, le tenancier d'une maison de tolérance, qui a acheté des étoffes de soie et de la lingerie, destinées à l'exploitation de son établissement, ne peut se refuser à en payer le prix, sous prétexte que la vente aurait eu une cause illicite, l'emploi qui devait être fait des marchandises étant le motif et non la cause de l'obligation contractée par l'acheteur.

Enfin la Ch. des Requêtes, le 4 mai 1903 (4), a jugé

(1) P. Fr. 1892, 1, 157.

(2) S. 96, 1, 289.

(3) S. 86, 2, 16.

(4) S. 1904, 1, 509.

que le contrat d'assurances contre l'incendie, passé par le tenancier d'une maison de tolérance ne peut être annulé pour cause immorale ; en effet, dans ce contrat, les prestations que les parties se sont mutuellement promises consistaient d'une part, dans le paiement par l'assuré des primes convenues, d'autre part dans le paiement, par la Compagnie, d'une indemnité pécuniaire ou, à son choix, dans la reconstruction ou la réparation des bâtiments incendiés et le remplacement en nature des objets détruits : ces prestations, licites en elles-mêmes, n'ont pu devenir illicites, par cela seul que les risques assurés dépendaient d'une maison de tolérance, et elles ne peuvent être considérées comme ayant eu en vue la création, le maintien ou l'exploitation d'un établissement de cette nature.

Ces arrêts et en particulier celui de la Cour de Paris du 13 février 1877 et celui de la Cour de Bordeaux du 5 janvier 1885 mettent clairement en évidence la confusion grâce à laquelle la jurisprudence peut appliquer le refus d'action aux contrats relatifs aux maisons de tolérance, confusion entre la cause et les motifs de l'obligation. La plupart des décisions esquivent la discussion et semblent ne pas s'apercevoir de leur erreur. D'autres, plus courageuses, cherchent à la justifier, tel un jugement du Tribunal Civil de Tarbes dans une espèce légèrement différente, il est vrai, (il s'agissait de faits de corruption électorale) (1),

(1) Tarbes, 13 mars 1899. (Gaz. Pal. 99, 1, 500.)

« Attendu, dit-il, que vainement le demandeur voudrait distinguer entre la cause de la dette des défendeurs, cause qui, d'après lui, résiderait dans la livraison de marchandises, et la destination desdites marchandises qui serait seul le motif de l'obligation...

« Attendu, en effet, que la jurisprudence repousse avec raison cette distinction quand il est certain, comme en l'espèce, que l'objet du contrat doit, dans l'intention des parties, au moment de la convention, servir à un usage prohibé ; car alors le motif est en connexion si étroite avec la cause que le caractère illégal et immoral de l'un affecte l'autre nécessairement ».

Cette confusion, volontaire ou non, entre la cause et les motifs peut avoir des résultats avantageux au point de vue moral, en permettant d'annuler des conventions foncièrement immorales, mais qui cependant ne tombent point sous le coup de l'art. 1131. Elle n'en doit pas moins être condamnée comme absolument contraire à la loi.

Examinons, par exemple, la cession du fonds de commerce que constitue une maison de tolérance, cession que la jurisprudence déclare nulle à raison de son caractère illicite. Le vendeur s'oblige à raison de l'obligation que contracte l'acheteur de payer le prix, l'acheteur à raison de l'obligation que contracte le vendeur de lui transmettre la propriété du fonds de commerce. La cause de l'obligation de chacun d'eux consiste donc précisément dans l'obligation de l'autre et se trouve être ainsi

parfaitement licite. On ne peut non plus se rabattre sur le caractère de l'objet (la maison de tolérance), qui serait illicite. Les maisons de tolérance sont des objets tout à fait licites. Leur existence est reconnue à maintes reprises par la loi, tant par l'arrêté municipal qui autorise leur création, que par les règlements auxquels elles sont soumises, ou par la patente enfin dont elles versent annuellement le montant dans les caisses publiques. Les Tribunaux n'ont donc aucune raison valable pour méconnaître la vente ou le bail d'une maison de tolérance.

On peut s'étonner également de les voir déclarer illicite le contrat de louage de services passé par un domestique, lorsque ses services doivent être rendus dans une maison de tolérance. Le contrat ne peut cependant être illicite que si les services eux-mêmes sont entachés d'immoralité ; il ne saurait en être de même au cas où il s'agit de services ordinaires qui peuvent être rendus de la même façon dans n'importe quel établissement.

Enfin, comme le disait fort bien la Cour de Bordeaux, il est inadmissible que le tenancier qui a acheté des marchandises destinées à l'exploitation de son établissement, puisse se refuser à les payer, sous prétexte que le contrat a une cause illicite : il est de toute évidence que l'obligation contractée par le tenancier a sa cause unique dans la livraison des marchandises par le vendeur : l'emploi qu'il compte en faire n'est qu'un simple motif, dont le juge n'a pas à connaître.

M. Appert, dans sa note du Sirey (1), a fort bien montré le danger du système jurisprudentiel et l'absurde des conséquences logiques qui pourraient en découler : « Notre législateur, dit-il, envisage le contrat en lui-même, abstraction faite des motifs intimes et du but poursuivi. Le contrat est licite et valable dès que les obligations qu'il engendre ont, à la fois, un objet et une cause conforme à la loi et aux bonnes mœurs. L'art. 1108, à défaut de l'art. 1131, proteste contre la théorie du contrat immoral indépendamment de sa cause et de son objet. Dans notre espèce, ce n'est pas le prêt qui est immoral (les fonds devaient servir à l'achat d'une maison de tolérance), c'est l'emploi que l'emprunteur veut faire des deniers prêtés. Si la Cour de Cassation entend annuler désormais les contrats pour cause d'intention immorale des parties, elle doit du moins se rendre compte qu'elle crée une théorie toute nouvelle dont le Code civil ne porte pas trace. Elle doit aussi l'appliquer dans toutes ses conséquences....., annuler non seulement les marchés de fourniture et contrats de toute sorte passés avec les maisons de tolérance, mais encore la vente des bijoux destinés à une séduction, la location d'appartements destinés à l'abri d'amours illicites. »

Cette critique est fort juste : un système est, semble-t-il, définitivement jugé, lorsque ses conséquences extrêmes aboutissent à des résultats aussi parfaitement

(1) 96, 1, 289.

antijuridiques. La jurisprudence ne paraît pas pourtant s'en être fort émue, car une de ses dernières décisions, l'arrêt de la Ch. des Requêtes du 17 juin 1905 (1) est conforme au système traditionnel ; d'après lui, les parties qui ont chacune pris part à la convention illicite et immorale, la cession d'une maison de tolérance, en exécution de laquelle des billets ont été souscrits et négociés, ne sont recevables à demander en justice ni le paiement du prix stipulé, ni la restitution de ce qui a été payé.

En résumé, la maxime *Nemo auditur*, qu'on avait pu croire définitivement abandonnée vers 1890, trouve encore un accueil favorable auprès des Tribunaux, en maintes hypothèses, et spécialement en ce qui concerne les conventions immorales proprement dites, dont nous venons de nous occuper.

Nous ne saurions mieux conclure qu'en reproduisant le vœu émis par M. Pize, dans son ouvrage sur l'Inexistence et l'annulabilité des contrats : « C'est, dit-il, le rôle de la doctrine de protester contre cette jurisprudence qui persiste à mettre hors la loi toute une catégorie de citoyens, à refuser l'accès du prétoire à tous ceux qui traitent avec les tenanciers des maisons de tolérance, comme s'ils étaient privés de la capacité de jouissance. De telles décisions sont plus que des entorses à tous les principes du Code Civil. Ce sont des dénis de justice journellement commis. »

Il faut souhaiter vivement que les Tribunaux persé-

(1) S. 1909, 1, 188.

vérant dans la voie nouvelle où il leur a paru indispensable de s'engager à raison des exigences de l'intérêt public, en matière de contre-lettres ou de cession de parts d'offices ministériels, accentuent et terminent le mouvement en avant déjà commencé, et que, s'affranchissant définitivement de la tutelle de la maxime romaine, ils appliquent, à la lettre, la sanction édictée par le Code dans l'article 1131.

CHAPITRE III

Base du Système Jurisprudentiel

Après avoir noté les tendances générales de la jurisprudence, nous avons passé en revue successivement les principales hypothèses pratiques auxquelles elle a appliqué ou applique encore actuellement la maxime *Nemo auditur*. Et de cet examen, résulte pour nous une impression de flottement et d'incertitude, confinant à l'arbitraire. Il semble que les tribunaux soient dépourvus de critérium, quant à la sanction à appliquer aux obligations sur cause illicite, ou tout au moins que leur critérium ne jouisse pas d'une reconnaissance officielle et complète. Le critérium, nous l'avons déjà remarqué, c'est la distinction préconisée par M. Maynial, qui recherche si c'est le paiement ou bien l'acte payé lui-même qui, au point de vue social, présente un caractère nocif.

En effet, nous avons pu nous en rendre compte dans le précédent chapitre, dans la plupart des cas où les décisions judiciaires abandonnent la règle traditionnelle

pour accorder la répétition, elles se trouvent en présence d'un paiement qui par lui-même est dangereux pour le bon fonctionnement de l'organisme social. Le meilleur exemple qu'on en puisse citer, c'est le supplément de prix payé par le cessionnaire d'un office ministériel, en vertu de la contre-lettre. Il en est de même pour le cas de cession de part d'un office ministériel.

Nous devons rechercher maintenant quelles influences ont pu attacher si profondément nos tribunaux à la maxime romaine; et les faire persister dans leur attitude jusqu'à notre époque où depuis longtemps, toute la doctrine est gagnée à l'opinion adverse.

Tradition

Tout d'abord au premier plan, il convient de placer la tradition, dont l'empire sur la jurisprudence est à l'ordinaire, considérable. En effet, les arrêts ou jugements qui refusent la répétition au débiteur dont la demande est entachée de turpitude, s'appuient pour ce faire sur la maxime romaine, dont l'application leur paraît toute naturelle et indiscutable.

Ils reconnaissent bien que la maxime n'est pas expressément reproduite par le Code Civil, mais ils y voient un legs du droit romain, auquel notre législation a fait tant d'emprunts. D'autre part nos anciens auteurs et en particulier Pothier, que les rédacteurs du Code ont pris

pour guide dans le titre des Obligations, avaient admis, sans discussion, la règle *Nemo auditur*, bien que professant sur la nullité de la cause illicite, les mêmes idées que le Code. Celui-ci n'a donc pu faire autrement que de conserver la maxime romaine; et s'il avait entendu l'abandonner, il l'eût déclaré expressément. Nous verrons plus loin ce qu'il faut penser de ce raisonnement. Indiquons simplement, ici, que la généralité des termes dans lesquels sont conçus les art. 1131, 1235 et 1376 s'opposent catégoriquement à l'introduction de l'exception que formule la maxime *Nemo auditur.*

Un autre argument traditionnel en faveur de la maxime, fait valoir qu'elle sauvegarde la dignité de la magistrature en la dispensant de prêter l'oreille à des débats scandaleux. Ce souci de la pudeur de nos magistrats, est à coup sûr aussi louable que celui dont témoigne une circulaire récente du Garde des Sceaux, en éloignant, sauf le cas de nécessité, les soldats de garde de la salle des assises, lorsqu'on y juge des affaires de mœurs.

On peut toutefois alléguer qu'en cette dernière hypothèse, il s'agit de jeunes gens à peine sortis de l'adolescence, très accessibles partant aux impressions et suggestions extérieures. Le même raisonnement ne saurait s'appliquer aux juges que leur âge, leur instruction et leur expérience personnelle garantissent notablement contre les périls des débats immoraux. Ces débats immoraux, d'ailleurs, sont fréquents au criminel ou au correc-

tionnel. Puis, même au civil, on peut répéter avec M. Meynial qu'il y a quelque bizarrerie à prétendre que le prétoire du juge n'entend de discours que d'honnêtes gens. En notre matière même, le débiteur *turpis*, qui, actionné en paiement par le créancier, excipe de la nullité du contrat, invoquera encore des faits contraires à la morale : le juge l'écoutera bien cependant, puisqu'il lui donnera raison en repoussant l'action du créancier !

La seule autorité de la tradition ne suffit pas, d'ailleurs, à expliquer la persistance de la maxime en jurisprudence. En effet, elle n'eût pu permettre aux décisions judiciaires tantôt de refuser la répétition dans la majorité des cas, et tantôt de l'accorder dans certaines hypothèses, très fréquentes et très importantes.

En réalité, dès la seconde moitié du XIX^e^ siècle, la maxime ne possédait plus son prestige intégral, ni son autorité primitive : mais on continua à l'invoquer dans nombre de cas où la stricte application des textes du Code tels que la doctrine les interprète actuellement, eût donné des résultats contraires à l'équité ou aux intérêts généraux de la société.

Et nous en arrivons là, à deux facteurs prépondérants du maintien de la maxime en jurisprudence : des considérations morales d'une part, des raisons d'ordre pratique de l'autre.

Considérations morales.

La jurisprudence se préoccupe généralement des conséquences de ses décisions au point de vue de l'équité. Et c'est précisément parce que dans certains cas, le système légal adopté par les auteurs donne des résultats qui lui apparaissent comme entachés d'une injustice flagrante, qu'elle y a opposé la maxime romaine, qui, à ses yeux, produit des effets moins contraires à la morale.

Il faut bien reconnaître que le système légal mérite, dans une certaine mesure, le reproche qu'on lui fait.

Il est très naturel, lorsque seul le créancier est *turpis*, que le débiteur refuse d'exécuter ou repète, s'il s'est acquitté de son obligation, ce qu'il a livré. Il allègue un vice du contrat : la cause illicite, à laquelle il est, par hypothèse, complètement étranger. Mais la situation n'est plus la même, si le débiteur lui-même n'est pas exempt de turpitude et invoque la nullité de la cause illicite pour reprendre ce qu'il a donné.

A la vérité, il n'allègue pas sa propre turpitude lorsqu'il répète, mais seulement la nullité édictée par la loi ; cependant moralement parlant, la nullité découle de la turpitude. Le débiteur, lorsqu'il agit en répétition, n'est point mû par des remords, par la voix de sa conscience. Il s'aperçoit simplement que les conséquences du marché honteux qu'il a passé, ne présentent pas pour lui

les avantages escomptés. Et tranquillement, pour anéantir le pacte, il s'arme de la loi dont il vient de violer les prescriptions.

C'est là, convenons-en, une attitude choquante au premier chef et sans les approuver, on comprend ceux qui, pour la réprimer, n'ont pas craint d'oublier l'esprit des textes qui doivent les guider.

Le système légal de plus, au cas de turpitude commune, traite d'une façon très différente les deux parties également coupables. Le créancier est sacrifié : s'il agit pour réclamer la prestation à lui due, il sera repoussé ; si par chance, il avait obtenu du débiteur un paiement volontaire, il n'est jamais sûr de le conserver ; le débiteur n'a qu'à répéter ce qu'il a livré, il aura gain de cause.

Le débiteur, lui, est dans une situation véritablement fort avantageuse.

Il peut toujours refuser l'exécution et s'il a payé, il a trente ans pour apprécier les effets du pacte honteux et le faire révoquer s'il n'y trouve pas son bénéfice. Cette disparité de traitement est certainement injuste. Le système traditionnel choque moins la morale en laissant les deux parties à la merci l'une de l'autre et en les privant du secours de la loi, à laquelle elles ont résolument contrevenu.

Raisons pratiques.

Enfin, les Tribunaux ont encore été induits, par des considérations pratiques, à préférer la sanction traditionnelle et la maxime *Nemo auditur* à la répétition imposée par le Code. Il est des cas, en effet, où la stricte et logique application des textes peut entraîner des conséquences funestes au point de vue des intérêts de la société qu'ils ont pour but de réglementer. Le meilleur exemple qu'on en puisse citer, c'est l'hypothèse des négociations de valeurs inscrites à la cote effectuées sans le concours d'un agent de change. La jurisprudence qui, conformément à la loi, annule ces négociations, avait commencé par autoriser le donneur d'ordre à répéter les sommes qu'il avait pu verser au coulissier, son intermédiaire. En 1885, nous l'avons vu, elle dut renoncer à cette sanction légale qui entraînait une instabilité désastreuse pour les opérations du marché et elle adopta la maxime romaine, pour refuser désormais la répétition.

C'est pour des motifs du même ordre, que les Tribunaux refusent la répétition en matière d'effets de complaisance, en raison des complications qu'elle entraînerait dans la pratique.

Ainsi donc, la fidélité de la jurisprudence à la maxime *Nemo auditur* doit, à notre sens, s'expliquer par l'atta-

chement à la tradition d'abord, puis par des considérations d'équité et d'intérêt pratique dont la plupart des décisions trahissent une visible préoccupation.

DEUXIÈME PARTIE

Valeur théorique et pratique de la Maxime

Nous venons d'étudier le domaine d'application de la maxime *Nemo auditur*, dans la pratique, c'est-à-dire que nous avons examiné les différents cas où elle se révèle dans les décisions de nos Cours et Tribunaux. Il convient maintenant de rechercher l'influence qu'elle a exercé sur la théorie, c'est-à-dire le crédit qu'on lui a accordé dans la doctrine aux différentes époques du droit. Nous commencerons comme le veut l'ordre chronologique, par le droit romain où elle a pris naissance et qui nous l'a léguée par la suite; nous passerons ensuite à l'ancien droit, qui, pieusement traditionnaliste, a recueilli la maxime et lui a reconnu une autorité absolue. Nous verrons enfin comment après avoir régné sans discussion pendant le début du XIX^e^ siècle, elle a vu le nombre de ses partisans diminuer peu à peu jusqu'à ce que les auteurs la rejettent à la presque unanimité comme contraire aux textes du Code Civil.

CHAPITRE IV

Droit Romain

La maxime *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* vient du droit romain. C'est à Rome qu'elle vit le jour, vers l'époque impériale, sans cependant y avoir jamais été énoncée sous cette forme même, qu'on ne rencontre, à vrai dire, que chez les commentateurs de notre ancien droit français. Mais le principe qu'elle renferme fut formulé par Paul, dans la loi 3 au Digeste, L. XII, titre 5, par la phrase suivante : *Ubi autem et dantis et accipientis turpitudo versatur non posse repeti dicimus* dont la maxime *Nemo auditur...* n'est que l'expression condensée.

Ce principe posé par Paul, qui exclut la répétition au cas de turpitude commune à l'*accipiens* et au *tradens*, se rattache à la théorie de la *condictio ob turpem causam*, au milieu de laquelle il est énoncé et sur laquelle il convient de donner d'abord quelques éclaircissements afin de mieux comprendre le rôle de la maxime en droit romain, sa portée et son fonctionnement.

La *condictio ob turpem causam*, n'est qu'un élément du groupe d'actions personnelles réunies sous le nom générique de *condictiones*, qui comprennent avec elle, la *condictio indebiti*, la *condictio causa data causa non secuta* et la *condictio sine causa* au sens strict. Ces diverses actions ont ceci de commun que le demandeur se fonde sur ce qu'il a mis sans cause dans le patrimoine du défendeur, la valeur qu'il réclame comme payée indûment. Elles ont pour but de remédier à l'enrichissement sans cause aux dépens d'autrui. C'est au souci de l'équité trop souvent blessée par l'application rigide des principes purs de l'ancien droit romain, qu'elles doivent leur création.

L'ancien droit romain n'accordait aucune valeur obligatoire au simple pacte. Le débiteur pouvait s'exécuter de son plein gré, mais s'il s'y refusait, le créancier n'avait aucune action pour l'y contraindre. Pour donner la force obligatoire à leur convention, les parties devaient recourir à l'un des procédés légaux, à l'emploi d'une formule déterminée, toujours immuable dans laquelle seule la désignation de l'objet du contrat était variable, tous les autres termes devant rester identiques dans tous les contrats de la même sorte. Dès que les paroles sacramentelles avaient été prononcées, dès qu'à l'interrogation du créancier avait répondu la promesse du débiteur, le contrat était formé. Il n'y avait pas à rechercher les mobiles qui avaient déterminé les parties à contracter, ni la cause de l'obligation créée; celle-ci pouvait être

illicite, immorale ou même inexistente : le contrat subsistait par cela seul que la volonté de contracter et l'objet du contrat avaient été exprimés par les parties dans les formes voulues.

Le formalisme avait des avantages certains : il facilitait considérablement la preuve du contrat d'une part, et de l'autre la tâche du juge dont le pouvoir d'appréciation était fort limité, puisqu'il n'avait qu'à reconnaître si les formes prescrites par la loi avaient été observées. Mais ce système présentait aussi certains inconvénients : le débiteur qui s'était obligé à la légère, ne pouvait se soustraire à l'exécution du contrat, en invoquant son erreur, l'absence de cause de l'obligation, ou le caractère illicite de celle-ci. Il était lié par l'accomplissement des solennités légales. Il en résultait fréquemment des injustices flagrantes ! Un moment vint où le formalisme ne s'accorda plus complètement avec les exigences de la pratique : ses solennités constituèrent une gêne pour le commerce dont l'extension était de jour en jour plus considérable : d'autre part, le sentiment d'équité plus développé se choquait des résultats du formalisme, qui, ne tenant compte que de la volonté exprimée dans l'acte, livrait parfois le débiteur à la ruse et à la rigueur du créancier. C'est alors qu'apparurent les contrats réels et consensuels où la cause est un élément essentiel et qui, par suite, sont nuls si cet élément fait défaut ou est affecté d'un vice.

Cet élément nouveau, la cause, caractéristique des nou-

veaux modes de contracter, pénétra rapidement les vieux contrats formels de l'origine : on chercha les moyens de priver d'effets l'obligation sans cause ou pourvue d'une cause illicite. L'exception de dol permit au débiteur de repousser l'action du créancier. On y joignit bientôt la *condictio*, par laquelle il pouvait prendre les devants et réclamer sa libération sans attendre l'action du créancier. Si la cause de son obligation ou du transfert de propriété qu'il avait effectué (ce cas est également à envisager) présentait un caractère immoral, il agissait par la *condictio ob turpem causam*. Et ce n'est que de cette hypothèse que nous devons nous occuper.

Supposons un transfert de propriété fait en vue de réaliser un but immoral à l'égard de l'*accipiens*, pour l'empêcher de commettre un délit par exemple. En principe, d'après le droit primitif, le transfert est irrévocable : le *tradens* est valablement dépouillé de la chose; il n'a aucune action pour en recouvrer la propriété, dorénavant acquise à l'*accipiens*. On lui permit cependant d'obtenir contre l'*accipiens* une condamnation pécuniaire représentant la valeur dont il s'est appauvri : et ceci, par une action personnelle qui n'est autre que la *Condictio ob turpem causam*. La *condictio* permet donc de fléchir la rigueur des purs principes du droit : c'est une faveur qu'on ne saurait accorder qu'à un débiteur qui en est vraiment digne. Et ceci est d'une importance capitale au point de vue du rôle de la maxime *Nemo auditur*.

Si l'immoralité existe aussi bien de la part du *tradens*, que de celle de l'*accipiens*, il n'y a plus de raison d'anéantir les effets du contrat à son profit, et de déroger par là aux principes du droit primitif. La *condictio* lui sera refusée. Et c'est là ce qu'exprime la maxime. Le *tradens* n'aura l'action que si l'immoralité est toute entière du côté de l'*accipiens*. Mais s'il a lui-même une faute à se reprocher, s'il a participé à l'immoralité en poursuivant un but contraire à la loi, alors, il sera repoussé de par la maxime *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Les choses resteront en état et la possession de la chose par l'*accipiens* sera respectée. *Melior est causa possidentis*, dit une autre forme de la maxime.

Ainsi la *condictio ob turpem causam* en droit romain se présente comme une action personnelle, qui déroge aux principes du droit quiritaire, en privant d'effets un acte pleinement valable d'après eux, et dans laquelle le *tradens* se base tant sur sa bonne foi que sur l'immoralité de l'autre partie.

Cette définition montre bien toute la différence qui sépare la *condictio* romaine de l'action par laquelle le débiteur d'une obligation illicite ou immorale en droit français, cherche à recouvrer l'objet qu'il a remis en paiement au créancier.

En droit Romain, nous trouvons un transfert de propriété régulier et valable : dans le droit actuel, il est nul ; d'un côté une dérogation aux principes, une

faveur ; de l'autre une nullité radicale et absolue et un droit incontestable à l'invoquer.

Comme d'autre part, le Code ne distingue pas suivant que l'immoralité est propre au créancier ou commune aux deux parties, et admet la nullité absolue dans tous les cas, la maxime dont le rôle s'expliquait fort nettement en droit Romain, pour priver d'une faveur un débiteur *turpis*, ne saurait, en aucune façon, être transportée dans notre droit. C'est pour n'avoir pas su faire la différence entre deux situations régies par des principes diamétralement opposés, que nos auteurs et notre jurisprudence plus encore ont introduit dans notre droit cette maxime qui n'y avait aucune raison d'être et dont le plus sûr effet a été de fausser complètement, sur un point spécial, les décisions du Code Civil.

CHAPITRE V

Ancien Droit Français

Après avoir étudié la maxime *Nemo auditur* dans son domaine primitif, c'est-à-dire en droit romain, il nous faut maintenant rechercher dans quelles conditions elle fut transportée dans notre ancien droit français et quelles fonctions elle fut appelée à y remplir.

L'ancien droit français était déjà, sur bien des points, séparé du droit romain par des différences considérables. Il n'admettait plus en effet la promesse abstraite. La cause que nous avons vu apparaître pour la première fois dans les contrats consensuels ou réels du droit romain, est, dans notre ancien droit, un élément essentiel exigé dans tous les contrats sans distinction.

C'est Domat qui a, le premier, formulé la théorie logique et raisonnée de la cause dans son ouvrage sur « *les Lois civiles dans leur ordre naturel.* »

On a pu, à la vérité, critiquer la définition qu'il donne de la cause dans les contrats à titre gratuit, mais

il faut convenir qu'on n'a guère modifié ou perfectionné sa notion de la cause dans les contrats à titre onéreux. C'est cette notion que le législateur a adoptée en 1804, et on n'a pu, jusqu'ici, lui en substituer une préférable.

Il est dès lors regrettable que Domat ait cru devoir conserver la solution romaine et la *condictio*, créée pour paralyser les effets d'un contrat pleinement valide, alors que, d'après les principes qu'il venait de poser, le contrat pourvu d'une cause illicite était radicalement nul ; il eut dû, en conséquence, admettre la répétition de ce qui avait été payé en exécution de la convention, même au cas de turpitude du *tradens* et écarter délibérément la maxime romaine. Ce n'est pourtant point ce qu'il fit, et c'est sans doute, sous l'influence du droit romain, la « raison écrite » pour les juristes de son époque, qu'il s'exprime ainsi dans ses *Lois civiles* (1) :

« Si la convention est illicite seulement de la part de celui qui reçoit et non de celui qui donne, comme si un dépositaire exige de l'argent pour rendre le dépôt ou un larron pour restituer ce qu'il a dérobé, celui qui a donné cet argent peut le faire rendre, encore que celui qui a reçu ait exécuté la convention. Mais si la convention est illicite de part et d'autre, comme si une partie donne de l'argent à son juge pour lui faire gagner sa cause, ou qu'une personne donne à une autre pour l'engager

(1) Titre I, L. VIII, section 4, par. 5.

à quelque méchante action, celui qui a donné est justement dépouillé de ce qu'il avait employé pour un tel commerce, et il ne peut le répéter ». Et plus loin : « Si le fait est illicite de la part de celui qui donne et de la part de celui qui reçoit, celui qui a donné perdra justement ce qu'il avait si mal employé, et n'aura aucune action pour le recouvrer (1) ».

Pothier, de son côté, professe à peu près les mêmes théories dans son *Traité des Obligations* (2). Il déclare nettement que « lorsque la cause pour laquelle l'engagement a été contracté est une cause qui blesse la justice ou les bonnes mœurs, cet engagement est nul ainsi que le contrat qui le renferme. » Néanmoins, comme Domat, il adopte sans hésiter la solution romaine, et n'autorise la répétition de ce qui a été donné en exécution de la convention que si le *tradens* est exempt d'immoralité. Il la refuse hautement au cas contraire. « Un autre exemple du second cas, dit-il, est lorsqu'un officier a promis une certaine somme à un soldat s'il se battait en duel contre un soldat d'un autre régiment. La cause de cet engagement blesse les bonnes mœurs et l'engagement est nul... En conséquence, il n'en peut naître aucune action, et le soldat qui s'est battu en duel ne peut exiger de son officier la somme qu'il lui a promise pour cela; mais ce cas diffère du premier en ce que si, en exécution de ce contrat, quoique nul, l'offi-

(1) L. II, titre VII, section 2, par. 4.

(2) Partie I, chap. I, section 1, p. 6.

cier a payé la somme convenue, il n'en aura pas la répétition; car l'officier qui a promis la récompense, n'ayant pas moins pêché contre la loi et les bonnes mœurs que le soldat à qui il l'a promise, il est indigne du secours des lois pour la répétition de la somme. Cette double décision est aux termes des lois mêmes: *Ubi dantis et accepientis turpitudo versatur, repeti non posse dicimus.* » Il faut remarquer ici les effets regrettables de ce respect invétéré du droit romain, qui amène un esprit comme Pothier, dont les qualités de logique et de raisonnement se sont hautement affirmées par ailleurs, à démentir nettement les principes qu'il vient de poser quelques lignes plus haut.

Citons, pour terminer, l'opinion de Ferrière, exprimée par lui dans son *Dictionnaire de Droit* au mot « Répétition de ce qui a été donné pour cause deshoneste ou injuste », opinion exactement semblable à celle de ses devanciers que nous venons de reproduire. « Si, dit-il, il y a de la turpitude de la part de celui qui a donné et de la part de celui qui a reçu, la répétition cesse; par exemple, si l'on a donné de l'argent à un juge pour mal juger, ou si l'on en a donné à quelqu'un pour débaucher une femme ou une fille. » Et il cite un texte de la Loi 3, par. 4, qui se termine par la formule : *non est audiendus propriam turpitudinem allegans.* On voit ainsi comme, dans l'ancien droit, s'est fondée la regrettable erreur, qui, conformément au droit romain, quoique sous une législation très différente,

fit repousser la répétition au cas de turpitude commune, alors qu'on reconnaissait déjà qu'un acte nul pour cause illicite ne devait produire aucun effet; et que, par conséquent, la répétition eût toujours dû être admise.

CHAPITRE VI

Travaux préparatoires

Comme nous venons de le voir, la maxime romaine était universellement admise et appliquée dans l'ancien droit. Avant d'examiner en eux-mêmes les textes que le Code Civil renferme sur la question, il nous paraît indispensable de rechercher si le législateur n'a point laissé clairement transparaître son opinion dans les Travaux préparatoires, c'est-à-dire dans les rapports, projets et discussions des conseils et assemblées qui ont concouru à l'élaboration du nouveau Code. Divers auteurs, en effet, ont prétendu que la pensée du législateur ne se dégageait pas nettement des art. 1131, 1133, 1235 et 1376 et pouvait être interprétée de diverses façons. Ce n'est point notre avis et nous essayerons de le démontrer dans notre prochain chapitre ; le législateur a entendu très certainement abandonner les errements consacrés par l'ancien droit, en accordant la répétition dans tous les cas. Mais l'examen des travaux préparatoires, bien

qu'ils aient, eux aussi, donné lieu à de vives controverses, vient encore confirmer ce que nous avançons.

Les partisans du système traditionnel déclarent généralement que le point qui nous occupe n'ayant pas été soumis à la discussion, et le législateur ne s'étant guère attardé à la rédaction des articles 1131 et 1133, on doit en induire qu'il entendait sans aucun doute rester fidèle à la solution admise dans notre ancien droit.

C'est ce qu'explique M. Dubois dans sa note au Sirey (1874, 1, 241). Pour lui et plusieurs auteurs qui partagent son avis, il est peu probable que si le législateur avait voulu innover sur ce point, il l'ait fait en quelque sorte tacitement, sans s'en expliquer catégoriquement et sans chercher à justifier les raisons qui le déterminaient à abandonner la solution universellement enseignée et adoptée par les anciens auteurs.

Comment admettre, disent-ils encore, que le Code Civil qui s'inspire à chaque instant des théories de Pothier, en ce qui concerne la matière des obligations, s'en sépare brusquement et délaisse sur un point particulier les théories émises par cet auteur, sans le déclarer franchement et ouvertement ?

Pour répondre à ces objections, il suffit d'étudier attentivement les travaux préparatoires qui, croyons-nous, doivent inspirer des conclusions toutes différentes de celles qu'en tiraient les partisans de la maxime *Nemo auditur*.

On doit remarquer d'abord que les auteurs de la loi

nouvelle avaient posé comme un principe général et fondamental, la nullité des obligations sans cause, sur fausse cause ou sur cause illicite.

Le Tribun Favart, à ce sujet, s'exprime ainsi : « Les obligations illicites sont dans la même classe que celles contractées sans cause : car une cause illicite est, aux yeux de la loi, comme si elle n'existait pas, ou comme une cause impossible dans son exécution. Ainsi, il faut bien se pénétrer du principe adopté par le projet : il divise les engagements de manière à éviter toute difficulté dans l'application : il n'en distingue que deux sortes, savoir les engagements auxquels la loi refuse toute existence qui puisse produire un effet et ceux qui sont seulement susceptibles d'être rescindés.

« On doit ranger parmi les premiers ceux qui ont été contractés sans cause ou pour fausse cause ou pour une cause illicite, et on peut dire qu'il n'y en a pas d'autre de cette nature.

« On doit compter parmi les seconds, les engagements des mineurs, interdits et femmes mariées, et ceux surpris par dol, erreur ou violence.

« On verra par la suite que le projet n'autorise pas la confirmation ou ratification des actes de la première espèce... » (Fenet 13, p. 318).

Les termes de ce rapport sont d'une clarté et d'une précision remarquables : ils mettent exactement sur le même pied les obligations illicites et les obligations sans cause ou sur fausse cause : toutes sont dépourvues

d'existence, toutes doivent rester privées d'effets. De plus, en ce qui concerne les obligations illicites, il n'est fait aucune restriction pour le cas de turpitude commune. Dans ces conditions, il nous semble légitime de se séparer de M. Dubois et de croire que le législateur a résolu d'adopter une théorie contraire à celle jusqu'alors admise dans l'ancien droit.

Il est certain, nous ne songeons pas à le nier, que les rédacteurs du Code Civil se sont à maintes reprises inspiré des solutions données par Pothier dans son traité des obligations : et il est exact également que Pothier refusait la répétition au cas de turpitude commune, bien qu'il déclarât, comme le Code Civil, que les obligations sur cause illicite étaient frappées de nullité absolue.

Néanmoins, on ne saurait, pour nous, en inférer que par ce seul fait que le législateur ne s'est pas expliqué nettement à ce sujet, il doit être considéré comme ayant conservé la solution de Pothier.

Le législateur, en effet, a posé ce principe général que l'obligation illicite comme l'obligation sans cause est frappée de nullité absolue : et il ne limite pas les conséquences de cette nullité au cas de turpitude commune ; il ne rappelle pas la vieille maxime romaine. Concluons-en donc que les rédacteurs du Code n'ont pas entendu reproduire servilement toutes les théories émises par Pothier : sur bien des points, ils ont innové : il en est ainsi dans le cas qui nous occupe.

CHAPITRE VII

Code Civil

Par l'étude que nous venons de consacrer aux travaux préparatoires du Code Civil, nous avons pu nous convaincre que rien dans l'élaboration des nouveaux textes n'indiquait chez le législateur l'intention de reproduire la maxime *Nemo auditur*, et que, bien au contraire, il devait être considéré comme ayant voulu, sur ce point, faire œuvre de novateur en substituant à la théorie admise par les auteurs de l'ancien droit, une théorie exactement opposée. Il nous faut maintenant fortifier encore cette conviction par l'examen des textes mêmes que contient le Code Civil sur ce sujet. Ces textes, il est vrai, ont fait l'objet de nombreuses et savantes controverses et, comme nous le verrons ultérieurement, des auteurs considérables ont, à maintes reprises, tenté de les concilier avec la règle romaine; cependant nous y trouverons, conformément à la dernière interprétation doctrinale régnant actuellement sans partage, la condamnation sans appel de cette maxime, qui, pendant plus d'un

demi-siècle, a faussé le sens et la portée de dispositions qu'un esprit impartial ne saurait raisonnablement taxer d'équivoque.

Et d'abord l'art. 1131 formule très nettement la nullité de l'obligation illicite. « L'obligation sans cause ou sur une fausse cause ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet », dit-il. Ses termes sont empreints d'une vigoureuse netteté : il frappe d'une nullité absolue l'obligation qui ne possède pas une cause licite; la convention qui lui a donné naissance est également atteinte par la nullité : pour mieux dire, elle est inexistante : rien n'est créé. On se trouve en présence du néant : aucun rapport juridique ne lie celui qui a joué le rôle de créancier et celui qui a joué le rôle de débiteur : le premier ne possède aucun droit, aucune action contre le second : celui-ci peut refuser d'exécuter sa prétendue obligation : la justice ne saurait l'y contraindre, et si par hasard il était venu à s'acquitter, il pourra répéter ce qu'il a donné en paiement à l'autre partie, puisque celle-ci la retient sans cause.

L'obligation illicite est radicalement nulle : aussi le débiteur est pourvu, non pas d'une exception, mais d'une véritable action pour faire tomber les effets d'un semblable contrat. De plus, la loi n'ayant fait aucune distinction, l'obligation est également nulle, et les effets de la nullité sont également complets, aussi bien si le débiteur a participé à la turpitude que s'il en est totalement exempt. Ainsi donc, même au cas de turpitude

commune, le débiteur doit obtenir l'action en répétition pour se faire restituer ce qu'il a remis en paiement à son créancier.

Tels sont les principes qui découlent de la stricte interprétation de l'art. 1131, si l'on veut bien se conformer aux règles de la logique et du bon sens.

D'autre part, l'art. 1235 est ainsi conçu : « Tout paiement suppose une dette : ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition. » Ici encore, nous nous trouvons, comme pour l'art. 1131, en présence d'un texte nullement obscur ou ambigu. La généralité des termes dans lesquels il s'exprime ne saurait, à notre avis, autoriser aucune distinction, aucune exception au principe établi.

« Ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition ! » Or, il est bien certain, d'après l'étude que nous venons de faire de l'art. 1131, que ce qui a été payé en vertu d'une obligation sur cause illicite n'était pas dû. Par conséquent, l'action en répétition est ouverte au débiteur qui s'est acquitté dans de semblables conditions, et, dans tous les cas, — la loi, encore ici, n'ayant formulé aucune restriction, — c'est-à-dire qu'il ait ou non participé à la turpitude. Reproduisons toutefois, pour ne point être suspect d'omission volontaire, l'alinéa 2 de l'art. 1235 qui dispose : « La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées. »

Comme nous le verrons dans un prochain chapitre, des partisans de la maxime romaine n'ont pas craint de

déclarer que le débiteur d'une obligation illicite, nulle d'après le droit civil, restait tenu envers le créancier d'une obligation naturelle ; de telle sorte que s'il s'est acquitté volontairement et en connaissance de cause, l'al. 2 de l'art. 1235 s'oppose formellement à toute action en répétition de sa part. La Jurisprudence a même fait l'application de cette thèse pendant quelques années, mais ayant bientôt reconnu son inexactitude, elle l'a rapidement abandonnée.

Enfin, l'art 1376 qui dispose : « Celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a reçu », est également conçu dans des termes d'une généralité telle qu'on ne saurait véritablement croire au maintien de la règle romaine ; ici encore, la loi ne fait aucune restriction pour le cas où la chose livrée l'a été en vertu d'une cause illicite,

Ainsi donc, quoiqu'en aient que dire ou penser des auteurs dont la haute science juridique et la puissante logique sont au-dessus de tout éloge, il ressort bien d'un examen attentif des textes en question que le législateur a entendu abandonner la théorie admise dans l'ancien droit et autoriser dans tous les cas la répétition. Décider autrement, c'est, quels que soient les intérêts sociaux et les considérations morales en jeu, c'est faire produire effet à une obligation illicite, c'est-à-dire, aller contre la lettre et l'esprit du Code Civil, tout à la fois.

CHAPITRE VIII

La Doctrine

Il nous faut maintenant rechercher quel accueil fut fait à la maxime par les auteurs modernes et exposer par quelle évolution cette maxime, d'abord acceptée de tous, fut peu à peu écartée par certains, puis tomba finalement dans un complet discrédit.

Au début du XIX^e^ siècle, la plupart des auteurs se prononçaient en faveur de la maxime *Nemo auditur* et, jusque vers 1840, le système traditionnel prévalut nettement en doctrine sans rencontrer d'opposition. On se trouvait alors en présence d'une loi toute récente, dont l'autorité encore mal établie, avait besoin de s'affirmer par l'usage. La plupart des juristes étaient encore imbus des théories en cours dans l'ancien droit, dont ils avaient été nourris à l'Ecole, et ils ne pouvaient s'en dégager pour rechercher impartialement le sens des textes nouveaux. Le grand nom de Pothier était encore à la base de leur érudition, et, instinctivement, c'est à son œuvre qu'ils faisaient des emprunts pour compléter ou élucider

les questions réglées par le Code Civil, lorsque ses décisions ne leur paraissaient pas suffisamment explicites.

Aussi, pour écarter l'action en répétition du débiteur qui a exécuté une obligation illicite, au cas de turpitude commune, les auteurs ne se livrent pas au début à une discussion très compliquée : ils se bornent à invoquer les textes du droit romain et à reproduire, sous une forme ou une autre, la maxime *Nemo auditur.*

Merlin, dans ses *Questions de droit* (1), s'exprime ainsi : « Nous avons dit qu'une cause illicite est, en fait d'obligations, considérée comme non existante. Ainsi, toute clause, qui blesse une loi prohibitive, l'ordre public ou les bonnes mœurs, vicie l'engagement auquel elle donne lieu. La nullité de cet engagement met-elle le débiteur qui, se croyant obligé valablement, l'a exécuté, en droit de répéter ce qu'il a payé indûment? Il faut distinguer si la cause est illicite de la part de celui qui a reçu ou si elle l'est également de la part de celui qui a promis et payé. Au premier cas, la répétition peut avoir lieu. Dans le second cas, elle serait non recevable. C'est ce que décide la loi 3 et le § 2 de la loi 4 D... de *Condictione ob turpem causam : Ubi dantis..* etc. »

Merlin s'exprime à peu près dans les mêmes termes que Pothier et s'appuie sur les mêmes textes. Il cite le Digeste : du Code civil, il n'est pas question.

C'est également dans des termes à peu près sem-

(1, T. 2, 215.

blables à ceux de Pothier que Delvincourt écarte la répétition au cas où la cause est illicite de la part des deux parties : « Il n'y a pas lieu à répétition, dit-il, parce que celui qui a promis n'ayant pas moins blessé la loi que celui à qui la promesse a été faite, ne peut pas avoir davantage d'action. D'ailleurs, ils sont tous deux également coupables. Or, *in pari causa, melior est conditio possidentis.* (L. 8 de *condict. ob turpem vel injustam causam*). »

Duranton (1) dit aussi : « Si les deux parties étaient en faute, il n'y aurait pas d'action pour exiger l'exécution de l'obligation, mais si elle avait été acquittée, il n'y aurait pas lieu non plus à répéter ce qui a été payé », et il cite toujours le même texte sur la *Condictio ob turpem vel injustam causam.*

Toullier (2) dit encore : « Si la chose ou la somme qui en était le salaire (d'un acte immoral) a été payée en vertu de la convention, celui qui l'a donnée ne peut la répéter : le mal est fait, et la faute commise par le corrupteur, qui a payé pour faire commettre un crime, ne peut plus être réparée ; elle ne peut donc être un titre, ni un prétexte pour répéter ce qu'il a donné. Si l'on ne mérite pas de retenir le salaire de son crime, le lâche corrupteur mérite encore moins de recouvrer ce qu'il a donné. Il y a faute de part et d'autre : on doit s'en tenir à la règle générale et donner la préférence au posses-

(1) Droit Français, tome X, p. 391.

(2) Droit Civil, t. VI, p. 126.

seur. C'est la règle tracée par le droit romain. *Si et dantis et accipientis*,.. etc. » Partout, c'est la *Condictio ob turpem causam* qu'on rappelle : aucune mention n'est faite du Code Civil.

Vers 1840, cependant, des dissidences se produisirent parmi les auteurs, provoquées en grande partie par les hésitations de la Jurisprudence, au sujet des contre-lettres en matière de cession d'offices ministérielles ; ces hésitations, comme nous l'avons vu, aboutirent, en 1846, à l'adoption du système de la répétition pour le supplément de prix payé par le cessionnaire, ce qui équivalait au rejet de la règle romaine dans ce cas spécial.

Les partisans de la maxime ne purent plus alors se contenter d'invoquer le droit Romain. Ils durent tenter de concilier cette maxime avec les textes du Code civil que leurs adversaires leur opposaient vigoureusement, avec toutes les apparences de raison.

Il nous faut maintenant étudier de quelle façon ils ont essayé d'accorder la règle romaine avec les articles que contient le Code sur la matière et comment ils réfutaient l'affirmation de leurs adversaires d'après laquelle la maxime était incompatible avec la loi nouvelle.

I. — Les partisans du système traditionnel déclarèrent d'abord qu'ils ne violaient nullement l'art 1131 en maintenant le créancier en possession de la chose livrée par le débiteur, en exécution d'une obligation illicite. Celle-

ci, d'après l'art. 1131, ne peut avoir aucun effet. C'est entendu, disaient les auteurs, mais nous ne contrevenons pas à ce principe en refusant, au débiteur *turpis*, l'action en répétition. Si le créancier retient ce qu'il a reçu en exécution d'une convention illicite, ce n'est pas en vertu de la convention qu'il le retient, mais bien en vertu de l'indignité du débiteur, qu'on ne saurait autoriser à alléguer sa propre turpitude.

Que faut-il penser de ce raisonnement? Il est vrai que d'après les partisans de la maxime, le créancier ne retient pas la chose en vertu de la convention. Mais, ils aboutissent, en fin de compte, à maintenir un effet de la convention nulle, en laissant le créancier conserver ce qu'il a reçu; ils valident l'aliénation faite par le débiteur et si l'on songe que cette aliénation était le but poursuivi par les parties, ils la maintiennent en somme contrairement à l'art. 1131.

Le débiteur qui invoque sa propre turpitude, dit-on, ne peut être écouté en justice. Mais d'abord, répondrons-nous, il ne lui est pas nécessaire de se baser sur le contrat pour agir en répétition; bien au contraire, implicitement, il en invoque la nullité et n'agit qu'en vertu de son titre de propriétaire dont le contrat nul est impuissant à le dépouiller. C'est ce que dit fort bien M. Duvergier dans son article de la *Revue Etrangère et Française* (1) : « qu'on le remarque, celui des contractants qui réclame ce qu'il a donné, n'excipe pas du con-

(1) 1840, p. 582.

trat auquel il a concouru; il en reconnaît le vice, il en fait abstraction, au besoin il en demanderait la nullité; il soutient que l'objet dont il demande la restitution est sa propriété, que celui qui le détient n'a aucun droit à le conserver, qu'aucun titre valable ne le lui a transmis. »

Si l'on admet d'ailleurs que l'action du débiteur est entachée de turpitude, on se heurte à des résultats qui blessent la plus élémentaire logique : en effet, le créancier lui-même oppose sa turpitude à l'action en répétition du débiteur : il a participé au contrat comme lui : il est tout aussi répréhensible que lui.

D'autre part, tant que l'obligation n'a pas été exécutée — et ceci est un argument des plus sérieux à l'encontre du système traditionnel — c'est le débiteur qui se trouve dans la meilleure situation. Il repoussera victorieusement l'action en paiement du créancier : l'un comme l'autre, ici encore pourtant, invoquent leur turpitude. Il est singulier de donner la préférence au débiteur avant l'exécution et au créancier aussitôt après. Le seul fait de l'exécution ne saurait cependant, semble-t-il, modifier leur situation respective et leur part de responsabilité dans l'immoralité de la convention.

A cela, on répond qu'au cas de turpitude commune, c'est la situation de fait qui donne l'avantage : le débiteur qui n'a pas encore payé, le créancier qui a reçu la chose sont préférés, parce que dans l'un et l'autre cas, celui qui agit doit être repoussé à raison de son indignité.

Ce raisonnement ne saurait être admis dans notre

droit : il est emprunté au droit romain, où, comme nous l'avons vu, certains principes fondamentaux étant absolument opposés à ceux de notre législation, il pouvait très légitimement avoir cours. En ce qui concerne la répétition en particulier, si la situation de fait du créancier payé prévalait alors contre l'action du débiteur *turpis*, c'est qu'en réalité elle coïncidait avec sa situation de droit : il était à la fois possesseur et propriétaire, le transfert de propriété effectué étant valable d'après le droit quiritaire, bien que sa cause fut immorale ou illicite. Dans ces conditions, on comprend que le juge ne consentît à déroger aux principes et à accorder la répétition que lorsqu'il se trouvait en présence d'un débiteur exempt de turpitude et véritablement digne d'une telle faveur.

Dans notre droit au contraire, le contrat illicite étant nul, le transfert de propriété l'est également : il est inexistant ; le débiteur qui s'est acquitté reste, néanmoins, propriétaire de la chose remise au créancier ; la possession de celui-ci est donc contre-carrée par la propriété du débiteur : comment, dès lors, lui accorder la préférence. La propriété est un titre contre lequel aucune possession ne saurait être invoquée, si l'on excepte bien entendu le cas de prescription. On peut donc affirmer que le raisonnement des partisans du système traditionnel constitue un anachronisme juridique ; aussi, pour cette raison, il ne convient pas de nous y arrêter plus longtemps.

Enfin, il faut mettre à néant l'affirmation d'après laquelle la partie qui a participé à la turpitude ne peut invoquer la nullité du contrat, parce qu'une fin de non recevoir d'ordre public s'élève contre elle de ce chef et commande au juge de ne point l'écouter.

Cette soi-disant fin de non recevoir n'existe que dans l'imagination des auteurs qui l'invoquent ; aucun texte de nos lois ne la consacre. Bien au contraire, les art. 184 et 191 du Code Civil montrent que le législateur, dans des cas bien autrement graves pourtant, n'a pas entendu fermer l'action en nullité à ceux qui avaient contrevenu à ses prescriptions.

C'est ce que dit M. Demolombe dans son *Traité des Obligations* (1). « Plusieurs dispositions de notre Code témoignent que les nullités d'ordre public peuvent être proposées par toutes personnes, même par celles qui auraient personnellement enfreint la défense qu'elles ont pour but de sanctionner ; car elles sont absolues, à la différence des nullités relatives qui ne peuvent être proposées que par les personnes dans l'intérêt desquelles elles ont été établies.

« Un homme et une femme ont contracté sciemment un mariage incestueux ou un second mariage avant la dissolution du premier. Par qui la nullité de ce mariage pourra-t-elle être demandée ? par tous ceux qui y ont intérêt et par les époux eux-mêmes (art. 184, 191) ».

La femme, par exemple, qui voudra faire briser cette

(1) T. VIII, p. 372.

union illicite devra donc invoquer sa faute, sa turpitude (puisque par hypothèse elle a agi sciemment), pour faire prononcer la nullité. Néanmoins, le Code lui reconnaît très explicitement le droit d'exercer cette action. Cela montre bien qu'il n'a jamais été dans les intentions du législateur de 1804 de faire de la turpitude la fin de non recevoir en question. Le même droit d'agir doit donc être reconnu au débiteur d'une obligation illicite, même complice de la turpitude.

En résumé, l'art. 1131 s'oppose d'une façon absolue à l'application dans notre droit de la règle *Nemo auditur* : l'obligation illicite ne peut avoir aucun effet et ce serait lui en faire produire un que de refuser, dans quelque cas que ce soit, la répétition qui, justement permet de mettre à néant les effets produits déjà par la convention nulle.

II. — Les partisans du système traditionnel ne se sont pas bornés à leur vain essai de conciliation entre la maxime romaine et l'art. 1131. Ils ont prétendu, en outre, que les art. 1235 et 1376-77 que leur opposaient leurs adversaires et qui paraissaient très efficacement et très opportunément invoqués à l'encontre de leurs théories, ne devaient pas être pris en considération; ces articles, disaient-ils, sont faits pour des hypothèses toutes différentes de celle qui nous occupe : on n'en saurait tirer parti pour faire obstacle à l'application de la maxime.

Et d'abord, ils ont soutenu que le débiteur d'une obli-

gation illicite, nulle d'après l'art. 1131, reste tenu envers son créancier d'une obligation naturelle.

Or, l'art. 1235 al. 2, s'exprime en ces termes : « La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées. » Il s'en suivait donc que lorsque le débiteur a exécuté son obligation en connaissance de cause, l'art. 1235 s'oppose à ce qu'il puisse venir ensuite exercer l'action en répétition contre le créancier.

Nous l'avons déjà signalé, la jurisprudence adopta pendant quelque temps cette théorie et s'en servit pour refuser la répétition au cas de contre-lettres modifiant le prix de cession des offices ministériels. Mais les magistrats éminents qui, dans leur désir de rester fidèles à la solution traditionnelle, avaient pu se laisser abuser par une telle explication, se rendirent bientôt compte de son peu de valeur juridique et l'abandonnèrent très rapidement.

Il est évident, en effet, que ce raisonnement ne saurait résister à un examen sérieux : il méconnaît d'une façon par trop flagrante la véritable notion de l'obligation naturelle.

L'obligation naturelle c'est, d'après M. Planiol, une obligation reconnue par la loi, mais seulement au cas où le débiteur consent à l'exécuter. Ce seul trait « reconnue par la loi » est absolument incompatible avec le caractère illicite ou immoral supposé de l'obligation. M. Demolombe dit également : « On appelle

obligation naturelle, celle qui, dans le for de l'honneur et de la conscience, oblige celui qui l'a contracté à l'accomplissement de ce qui y est contenu ». On admettra difficilement que l'honneur et la conscience puissent inciter un débiteur à contrevenir à la loi.

Comme obligations naturelles, outre les devoirs moraux résultant de la parenté, on trouve surtout des obligations civiles dégénérées, comme l'obligation contractée par un incapable (mineur ou interdit par exemple), ou celle dont le paiement ne peut plus être exigé à raison de la prescription. L'obligation à sa naissance réunissait toutes les conditions nécessaires, mais la loi prive d'action le créancier dans un intérêt particulier, s'il s'agit d'un incapable, dans un intérêt général, au cas de prescription.

Néanmoins il subsiste un lien naturel entre le débiteur et le créancier : ce lien naturel est la continuation du lien civil privé d'efficacité par la loi, il constitue une base suffisante pour que le débiteur puisse effectuer un paiement valable, sans répétition possible dans la suite.

Il est bien certain qu'on ne trouve rien d'analogue, en face d'une obligation illicite, qui, d'après l'art. 1131, est nulle ou, pour mieux dire, inexistante. Aucune obligation n'est née : il n'y a ni créancier, ni débiteur : il n'existe aucun lien civil dont un lien naturel puisse être la continuation. Le prétendu débiteur n'est pas, ne sera jamais débiteur : il ne peut donc faire un paiement

véritable. Son honneur, sa conscience ne peuvent lui ordonner que l'abstention, en pareille matière. On ne saurait admettre, au surplus, que l'obligation absolument nulle, puisse être, en quelque sorte, vivifiée par le paiement : l'art. 1131, en ce cas, resterait lettre morte.

En un mot, le lien naturel est la reproduction atténuée d'un lien civil privé de vigueur par une disposition légale; si ce lien civil est inexistant, il ne saurait survivre dans un lien naturel. C'est pourquoi il faut repousser sans hésitation l'explication fournie sur ce point par les partisans de la maxime.

III. — Des auteurs, comme MM. Aubry et Rau en particulier, ont déclaré que les articles 1235, 1376, 1377 ne devaient pas s'appliquer au cas qui nous occupe. En droit romain, et dans notre ancien droit, on distinguait soigneusement la *condictio indebiti* et la *condictio ob turpem vel injustam causam.*

Le Code Civil, pour eux, n'a nullement abandonné cette distinction : d'après la place que ces articles y occupent, il est certain qu'ils ne visent que la *Condictio indebiti.*

On ne saurait donc appliquer aux obligations illicites une règle édictée uniquement pour le cas de paiement de l'indû.

Nous ne saurions nier, à la vérité, que ces articles visent plus particulièrement la répétition de l'indû, c'est-à-dire la *condictio indebiti*; mais actuellement ce

qui est payé en exécution d'une convention nulle pour cause illicite, n'est pas dû : aussi la *condictio ob turpem causam* n'est-elle qu'un cas particulier de la *condictio indebiti* ; et il est parfaitement légitime d'appliquer les art. 1235 et 1376 au cas du paiement d'une obligation illicite.

Le débiteur de l'obligation illicite n'est pas obligé en droit : s'il paye, il fait un paiement indû et, en conséquence, il a le droit de répéter ce qu'il a donné.

D'ailleurs, il est permis de penser que la distinction romaine n'a plus de raison d'être dans notre droit. La classification des *condictiones* avait une certaine portée à Rome, où, contrairement à ce qui se passe dans notre législation, c'était l'action qui fondait le droit et où les *condictiones* servaient à sauvegarder l'équité compromise par l'application stricte des purs principes juridiques. Cette classification exprimait, pour divers cas particuliers, cette idée que nul ne doit s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui. Or cette idée, toute nouvelle et admise à titre exceptionnel par le droit prétorien, constitue un principe d'ordre général dans notre droit actuel. Il n'y a donc plus lieu de différencier les divers cas où ce principe peut trouver son application.

De plus, en droit romain, la *condictio* était une action personnelle où le débiteur invoquait un droit de créance : actuellement il agit par la revendication, la remise de la chose en vertu d'une cause illicite, étant impuissante à la dépouiller de sa propriété.

C'est donc une erreur, à notre avis, que d'assimiler deux actions dont le but seul est identique et qui sont dissemblables à tous autres points de vue.

Concluons-en que c'est à tort qu'on a cherché à reproduire à notre époque, la distinction entre la *condictio indebiti* et la *condictio ob turpem causam*, car elle était faite pour une législation très différente de la nôtre, sur bien des points.

D'autre part, si le législateur de 1804 avait voulu conserver la distinction, il lui était très facile de reproduire la règle *Nemo auditur* comme il a fait pour le principe de la répétition de l'indû. Celui-ci était un principe aussi général et aussi important que celui du refus d'action au cas de turpitude commune. Dès lors, le fait que les rédacteurs du Code ont très explicitement formulé l'un et passé l'autre sous silence est de nature, croyons-nous, à faire admettre qu'ils ont voulu écarter la maxime et autoriser la répétition dans tous les cas.

IV. — Les défenseurs de la maxime ont encore prétendu qu'on ne saurait leur opposer les art. 1376 et 1377 parce que ces articles exigent, comme condition de la répétition, que le débiteur ait payé par erreur, ce qui n'est pas le cas, lorsqu'un débiteur a volontairement acquitté une obligation illicite.

Pothier, le premier, formulait cette idée dans son *Traité des Obligations* (n° 45) : « Si j'ai volontairement payé après le crime commis, ce que j'avais promis à

quelqu'un pour le commettre, je n'ai pas plus de droit de le répéter selon les règles de la conscience, que selon celles du for extérieur, quoique j'ai payé, en ce cas, une chose que je ne devais pas. Il est vrai que la loi naturelle et le Droit civil accordent la répétition de ce qu'on a payé sans le devoir, lorsque le paiement a été fait par erreur : on suppose, en ce cas, que le paiement a été fait sous la condition qu'il y aurait lieu à la répétition, au cas qu'on découvrît que la chose n'était pas dûe : l'équité qui ne permet pas de profiter de l'erreur d'un autre pour s'enrichir à ses dépens fait supposer cette condition, mais on ne peut faire une pareille supposition, dans l'espèce dont il s'agit. Celui qui paie, le fait avec une parfaite connaissance de la cause pour laquelle il paie. Il ne peut donc retenir aucun droit pour répéter la chose dont il s'est exproprié volontairement et avec une parfaite connaissance de cause. »

Larombière n'a fait que reprendre cette idée dans sa *Théorie des Obligations* (1) : « Chaque fois que la cause sera des deux parts honteuse, contraire aux bonnes mœurs, celui qui aura payé ne pourra exercer d'action en répétition..... Pour que l'article 1376 lui soit applicable, il faudrait qu'il eût payé par erreur, dans la fausse croyance qu'il existait une cause juridique d'obligation.

Or, si nous supposons que la cause de son obligation était, de sa part, contraire aux bonnes mœurs, il faut

(1) T. Ier, p. 308.

bien reconnaître qu'il ne peut alléguer aucun prétexte d'erreur. Ayant ainsi payé en connaissance de cause, il ne peut exercer la répétition de l'indû. En ce sens, M. Zachariae dit avec beaucoup de raison que « celui qui a acquitté une obligation fondée sur une cause contraire aux bonnes mœurs ne peut en répéter le paiement, sous prétexte qu'il ne l'a fait que par suite d'une erreur de droit sur les effets juridiques de pareilles obligations. »

A ce raisonnement, on peut répondre tout d'abord que, dans la pensée des rédacteurs du Code, l'erreur n'est peut-être pas une condition indispensable pour l'exercice de la répétition de l'indû. En effet, seul, l'article 1377, qui vise le cas de paiement fait au véritable créancier, exige l'erreur pour que la répétition de l'indû soit possible. On se trouve là en présence d'une situation toute particulière : le paiement a été fait au véritable créancier, qui était fondé à compter dessus, ce paiement ne doit pas être annulé à la légère au bénéfice d'un *solvens* distrait, mais au préjudice possible du créancier qui, dans ces circonstances, a pu laisser passer le temps opportun des poursuites contre le véritable débiteur. Voilà pour quelles raisons la loi exige la condition spéciale d'erreur de la part du *solvens*. Au contraire, l'art. 1235 et l'art. 1376, qui visent le cas où celui qui a reçu le paiement indû n'était pas créancier, ne font pas mention de l'erreur comme condition nécessaire de l'action en répétition.

Si malgré cela, on admettait, comme beaucoup d'auteurs, que l'erreur est indispensable pour l'ouverture de l'action en répétition de l'indû, cela ne suffirait pas, croyons-nous, pour interdire la répétition au débiteur d'une obligation illicite ; il convient simplement de définir ce qu'est cette erreur du *solvens*.

En droit Romain, nous l'avons vu, la *condictio indebiti* était une faveur qu'on accordait à certains débiteurs, parce que l'application du droit pur, en ce qui les concernait, eût produit des effets contraires à l'équité : il résultait de son caractère exceptionnel qu'on n'accordait la *condictio* qu'au débiteur qui, en payant l'indû, avait cru réellement acquitter une dette. Il fallait que le paiement eut été fait par erreur et même que cette erreur fut excusable. En effet, si un conflit s'élevait entre l'*accipiens*, qui était devenu propriétaire de la chose, et un *solvens* négligent, celui-ci devait se voir refuser la faveur qu'il sollicitait.

Actuellement la répétition de l'indû, en droit français, n'est plus une faveur, mais un droit. Le paiement fait par le *solvens* d'une dette qu'il croyait à tort exister entre le créancier et lui, est nul comme fait sans cause : la remise de la chose n'a pu rendre le créancier propriétaire, et le *solvens* qui, lui, est resté propriétaire, agit en vertu de son titre antérieur. Il faut seulement pour cela qu'il ait bien entendu faire un paiement et acquitter une dette propre : car s'il avait voulu faire une libéralité ou payer la dette d'autrui, l'aliénation aurait une

cause et serait valable, et le créancier, devenu propriétaire, repousserait victorieusement la répétition.

En somme, l'erreur que doit prouver le débiteur se réduit, à notre avis, dans la preuve de ce fait, qu'en payant il n'entendait pas faire autre chose que d'acquitter une dette personnelle. Dès lors, l'erreur de droit peut, aussi bien que l'erreur de fait servir de base à la répétition de l'indû, et cette répétition sera ouverte en cas d'obligation illicite au *solvens;* il pourra l'exercer même s'il a participé à la turpitude, lorsqu'en livrant la chose au créancier il a cru acquitter une dette, qui, en réalité, n'existait pas à sa charge. Il suffit qu'il ait entendu payer une dette propre pour qu'il ait droit à la répétition.

Ainsi les diverses critiques, portées par les partisans du système traditionnel sur l'art. 1235 et les art. 1376, 1377, sont, à notre avis, impuissantes à légitimer l'application de la maxime *Nemo auditur* dans notre droit. Ces articles sont conçus dans les termes les plus généraux : on ne saurait, répétons-le, y introduire une distinction, dire qu'ils se réfèrent seulement à la *condictio indebiti* et non à la *condictio ob turpem causam,* sans ajouter à la loi.

Comme nous avons pu le constater, au cours de cette étude, les partisans du système traditionnel ont presque toujours obéi à l'influence dominatrice du droit romain lorsqu'ils raisonnaient sur notre matière. Cette influence, il nous a été facile de nous en apercevoir à

maintes reprises, fut loin de produire d'heureux résultats. Les auteurs qui la subissaient ont abandonné les principes d'ordre général énoncés par nos lois, pour se fier aux vieilles règles de Justinien ou à l'autorité de Pothier et de ses contemporains. Ils ont abouti à une violation presque constante de la logique et à une méconnaissance complète des textes précis et concordants, formulés par le législateur de 1804 sur la question qui nous occupe.

Aussi, impressionnés par les conséquences pratiques regrettables qui découlaient du système traditionnel, les principaux auteurs de la seconde moitié du XIX^e^ siècle ont successivement abandonné la maxime romaine et autorisé la répétition dans tous les cas.

Nous avons déjà invoqué, pour repousser la maxime, l'autorité de M. Demolombe. Après avoir démontré qu'elle est contredite par les textes mêmes de la loi nouvelle, qu'elle est contraire aux principes de la science juridique, il fait remarquer qu'elle aboutit à des résultats qui blessent la morale et l'équité : « N'est-il pas plus moral en même temps que plus politique, dit-il, de tout anéantir absolument, de manière à ce qu'il ne reste rien de cette obligation illicite, et que celui qui recevrait, demeurant sous la menace d'une action en répétition, sache bien, dès le premier moment, que rien de stable ne peut sortir d'une cause contraire à l'ordre public. »

Nous avons également déjà cité la très intéresssante

étude de M. Duvergier, parue dans la *Revue française et étrangère* (1), où il se déclare adversaire résolu du système traditionnel.

Marcadè (2), après avoir examiné les arguments invoqués en faveur de la maxime, dit : « Nous ne saurions adopter ce système qui nous paraît aussi contraire à l'intérêt social qu'au texte de la loi. Notre Code, à la différence du droit Romain, ne permet pas qu'on s'enrichisse jamais aux dépens d'autrui; il ne veut pas qu'on puisse jamais garder le bien qui appartient à d'autres. Aussi l'article 1376 déclare t-il, de la manière la plus absolue, que quiconque reçoit ce qui ne lui est pas dû, est obligé à le restituer, sans distinguer pourquoi ni comment a été livrée la chose qui n'était pas due, tandis que le droit Romain ne permettait la répétition à celui qui avait payé indûment qu'autant qu'il l'avait fait par erreur... Il ne faut donc pas argumenter ici du droit Romain ; et du moment qu'un bien n'a été livré qu'en exécution d'une obligation nulle, et dès lors sans être dû, le juge ne peut se dispenser, en face de l'art. 1376, d'en ordonner la restitution ! »

M. Pilette (3), dans une étude sur le Jeu et le Pari, décide également que ce qui a été payé en vertu d'une obligation illicite (jeu à la Bourse, en l'espèce) n'était pas dû et, par suite, est sujet à répétition.

(1) 1840, p. 382.

(2) *Code Civil*, t. IV, p. 401.

(3) Revue Pratique, T. XV, p. 467.

M. Colmet de Santerre, dans le *Cours analytique de Code Civil* qu'il a écrit en collaboration avec M. Demante (1) s'exprime ainsi : « Dans la deuxième espèce (au cas de turpitude du *solvens*), nous ne voyons pas comment, dans le droit français actuel, la répétition peut être dénié à celui qui a payé. Il ne devait pas (art. 1133), il a payé, donc il a le droit de répéter (art. 1235). Les articles qui consacrent le droit de répéter l'indû ne distinguent pas en vertu de quelle règle la chose payée était indue.

« Il faudrait une exception aux art. 1235 et 1376 pour que l'opinion de Pothier pût être admise dans notre droit. Cette exception n'est pas dans notre code, et nous pouvons ajouter, elle ne devait pas s'y trouver. En effet, la société est intéressée à ce que celui qui stipule le salaire d'un acte illicite soit bien convaincu qu'il ne possédera jamais ce salaire en toute sécurité, que non seulement il ne pourra en obtenir le paiement, mais que le paiement, même effectué, n'aura pas un caractère stable et définitif.

« La possibilité de la répétition est une menace qui fera plus d'une fois obstacle à certaines conventions honteuses ou illicites » et l'auteur écarte les arguments des défenseurs de la maxime comme sans valeur réelle « soit qu'on s'arme du fait de la possession, c'est-à-dire qu'on subordonne le droit à un hasard, soit qu'on repousse le demandeur en répétition à cause de son indi-

(1) T. V., nº 49 *bis*, IV.

gnité, comme s'il était raisonnable de le déclarer indigne d'intenter une action en répétition après le paiement, quand on le regarde du reste comme digne d'invoquer en justice la nullité de son obligation lorsqu'elle n'est pas encore acquittée. »

Laurent, l'apôtre de la stricte interprétation des textes, a, lui aussi, attaqué le système traditionnel : « Les art. 1131 et 1133 ne distinguent pas : or, dit-il, c'était bien le cas de distinguer, si les auteurs du Code avaient voulu maintenir la doctrine traditionnelle ; ils l'avaient sous les yeux ; Pothier l'enseigne : par cela seul que le législateur ne la reproduit pas, il la rejette. Les art. 1376 et 1377 sont également conçus dans les termes les plus absolus : y introduire une distinction, ce serait modifier la loi, c'est-à-dire la faire... L'ordre public et la moralité ne seraient-ils pas blessés, si celui qui a retiré un bénéfice d'une convention que la loi réprouve pouvait le conserver. Voilà la vraie turpitude, pour nous servir du langage traditionnel : il n'y a qu'une manière de prévenir ce scandale, c'est de donner l'action en répétition dans tous les cas. »

M. Baudry-Lacantinerie, dans son *Traité des Obligations* (1), adopte également la doctrine nouvelle : « Les deux maximes romaines, dit-il, n'ont pas été admises dans notre législation. En outre, l'art. 1131 qui dispose que l'obligation sur cause illicite ne peut avoir aucun effet, serait violé s'il n'y avait pas lieu à répétition : car

(1) T. I. p. 298, note 3.

l'obligation sur cause illicite, devenant ainsi inattaquable, serait plus résistante que les obligations dont la cause est licite. »

Actuellement donc, et cela ressort clairement de la rapide revue que nous venons de passer, la grande majorité des auteurs s'accorde à repousser la maxime *Nemo auditur* (1). On ne la trouve nulle part écrite dans nos lois ; elle est d'ailleurs en contradiction avec les textes du Code : ces deux raisons se retrouvent dans l'argumentation de tous les maîtres de la doctrine.

Ainsi, par une heureuse évolution, nos auteurs qui, au début du XIX^e^ siècle, admettaient sans discussion l'application de la maxime *Nemo auditur*, sont arrivés, grâce aux saines déductions d'une rigoureuse logique, à la condamner sans rémission, à la fin du même siècle, assurant par là même, la stricte et respectueuse observation des textes du Code.

Puissions-nous voir bientôt la jurisprudence suivre son exemple et faire bon marché de la maxime et des prétendus intérêts qu'elle sauvegarde, pour adopter la fidèle interprétation de la loi, qu'elle devrait être la première à garantir.

---

(1) Signalons toutefois les tendances favorables à la règle romaine manifestées par M. Demogue dans la *Revue trimestrielle de Droit Civil* (1912, p. 739 et 980) et par M. Valéry dans la *Revue générale du Droit* (1912, p. 555).

CONCLUSION

D'après ce que nous venons de voir, la situation actuelle de la maxime *Nemo auditur* en France peut se résumer de la façon suivante : discrédit total, abandon presque unanime en doctrine. En jurisprudence, faveur et défaveur alternative, suivant que les Tribunaux laissent prévaloir tour à tour en leur esprit les considérations de morale et d'équité qui militent pour son admission, ou le respect des textes du Code civil, qui entraîne son rejet pur et simple.

Il convient maintenant d'examiner rapidement l'accueil que trouve la règle romaine dans quelques-unes des législations étrangères, à seules fins, si c'est possible, d'en tirer quelque enseignement, en ce qui nous concerne personnellement.

En Belgique, tout d'abord, où nos voisins ont conservé le Code Civil de 1804, les décisions en notre matière sont assez peu nombreuses. Elles tendent néanmoins, pour la plupart, à admettre la maxime romaine.

Un arrêt de Gand du 20 Juillet 1852 (1) décide que s'il est vrai qu'un axiome, admis comme règle de droit, ne permet à personne d'invoquer sa propre turpitude, ce principe, basé sur la morale, cesse d'être applicable

(1) Pasicrisie, 1854, 2, 177.

lorsque ce n'est que par voie d'exception ou de défense qu'un fait de cette nature est opposé à celui qui y aurait sciemment participé ; dans ce cas, les parties, versant réciproquement dans la même faute, ni l'une ni l'autre n'en peut tirer avantage. Le rejet du fait posé profiterait à un de ceux qui y ont concouru, contrairement au motif qui a fait admettre l'axiome *Nemo auditur.*

Un autre arrêt de Gand du 19 Juin 1873 (1) admet encore implicitement la règle romaine, tout en déclarant qu'elle n'est pas applicable à celui qui oppose une nullité par voie d'exception pour se soustraire à l'exécution d'une convention illicite poursuivie à sa charge.

Un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 16 octobre 1907 (2) a repoussé une action en paiement, fondée sur un trafic d'influence ayant eu pour but de faire obtenir à un industriel l'entreprise d'un travail mis par l'Etat en adjudication publique.

« Attendu, dit-il, que si l'on suppose que ces démarches aient pu exercer une influence sur l'obtention de l'entreprise, elles revêtent alors un caractère prohibé par la loi et contraire à l'ordre public, qui doit faire repousser l'action en paiement du salaire, comme fondée sur une cause illicite. »

La Cour de Bruxelles, toutefois, a écarté la règle *Nemo auditur* dans un arrêt du 30 novembre 1885 (3).

(1) Pasicr., 1873, 2, 341.
(2) Pasicr., 1908, 2, 248.
(3) Pasicr., 1886, 2, 11.

Cet arrêt déclare radicalement nul, comme ayant une cause illicite, le contrat par lequel une société, pour garantie d'un crédit qui lui est ouvert pour les frais de vente de billets d'une loterie et les frais de publicité à faire pour en faciliter le paiement, donne en nantissement tous les billets restant à vendre, si cette loterie n'a pas été autorisée en Belgique.

En cas de faillite de la société, le curateur peut faire annuler le contrat de nantissement pour répéter les billets et les lots qu'ils ont gagnés, donnés au créancier gagiste.

Ce qui a été reçu par ce créancier, ajoute l'arrêt, en exécution de cette convention illicite, peut être répété, tant par la société que par le curateur à sa faillite.

« Attendu, dit-il, que vainement l'appelant objecte que la convention dont la cause est illicite ne donne pas plus d'action en restitution que d'action en exécution,

« Qu'en effet la loi, en refusant tout effet à une obligation de ce genre, n'a pas permis que celui qui en aurait retiré un bénéfice puisse le conserver, que ce principe trouve sa sanction dans les art. 1376-1377, dont les termes généraux et absolus assujettissent à la répétition tout ce qui a été reçu sans titre ni droit. »

Cette décision proclame ainsi le droit à la répétition dans tous les cas. Notons que, dans une espèce analogue, nos Tribunaux n'ont écarté la règle romaine que parce que l'action était exercée par un liquidateur judi-

ciaire, laissant entendre qu'ils eussent repoussé la répétition au cas où c'est la personne mise en liquidation elle-même qui eut agi (1). L'arrêt belge fait nettement prévaloir sur la maxime les textes du Code Civil.

Quoi qu'il en soit, vu la rareté des décisions, il semble bien qu'en Belgique, comme chez nous, la question n'est pas encore définitivement tranchée.

En Suisse, la maxime romaine règne en maîtresse, mais ayant pris place dans le Code, elle n'en combat point, comme en France, les dispositions; elle ne constitue qu'une exception aux principes généraux.

L'art. 17 du Code fédéral des Obligations dispose : « qu'un contrat ne peut avoir pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux bonnes mœurs, » et l'art. 70 déclare : « Celui qui, sans cause légitime, s'est enrichi aux dépens d'autrui est tenu à restitution. » L'art. 75 vient déroger au principe ainsi posé de la répétition de l'indû, en ces termes : « Il n'y a pas lieu à répétition de ce qui a été donné en vue d'atteindre un but illicite ou immoral. »

C'est la traduction pure et simple de l'adage : *in pari causa turpitudinis cessat repetitio.*

Le Code Autrichien reproduit la même solution dans son article 1174.

En Angleterre, on considère comme « *illegal* » non seulement ce qui est contraire à la loi d'après le sens strict qu'aurait ce mot en droit français, mais encore

(1) C. Paris, 31 décembre 1903, Gaz. Pal., 1904, 1, 723.

ce qui est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. L'*illegality* vicie ainsi trois catégories d'obligations : celles qui sont contraires à des règles expresses de droit, celles qui sont contraires à l'ordre public et celles qui blessent les bonnes mœurs.

En principe, celui qui a participé à l'acte « *illegal* » ne peut agir en justice à son sujet. C'est l'application de de la règle romaine que les Anglais formulent : *in pari delicto potior est conditio defendentis,* et qui constitue chez eux le droit commun.

Cependant, dans plusieurs cas, la maxime est écartée et on admet la répétition. Il en est ainsi quand le *solvens* n'a cédé que sous l'empire du dol ou de la violence. En ce cas, la faute n'est plus égale, le contrat est annulé et on procède comme s'il avait été licite. La répétition est encore admise lorsque le but immoral que le paiement visait n'a pas été réalisé, ou lorsque des tiers, par exemple les créanciers du *solvens*, y sont intéressés.

Ainsi, en Angleterre, la maxime est admise, mais considérablement assouplie et elle fléchit fréquemment sous l'empire de considérations d'équité ou de pratique.

Au Canada, où notre ancienne coutume de Paris et Pothier sont à la base de la législation, la maxime *Nemo auditur* est appliquée d'une façon presque aussi absolue que dans notre ancien droit.

En Allemagne, avant la promulgation du Code Civil de 1900, un arrêt du Tribunal de l'Empire du 1er Décem-

bre 1891 (1) avait formellement écarté la maxime romaine en décidant que « c'était avec raison que les juges d'appel ont admis que la vente d'une maison de tolérance ayant une cause illicite, comme contraire aux bonnes mœurs, ne devait avoir aucun effet, conformément aux art. 1131 et 1133 C. Civ., même malgré la circonstance que les deux parties ont contracté en vertu d'une cause illicite ; d'où il résultait qu'aucune des parties ne pouvait exiger de l'autre l'exécution de son obligation et, en outre, que même après l'exécution du contrat, chacune des parties pouvait réclamer de l'autre la remise des choses en leur état primitif et, par suite notamment, la restitution de la prestation fournie sur le fondement du contrat.

Spécialement, c'est à juste titre que les juges d'appel ont admis sur le fondement des art. 1131 et 1133 Code Civil que l'on peut réclamer la remise des choses en leur état primitif, sans que dans le cas où la cause est illicite pour les deux parties, on puisse se prévaloir en droit français de la règle romaine : *in pari turpitudine potior est conditio possidentis.* »

On le voit, cet arrêt avait très nettement déduit les conséquences logiques de la nullité des contrats illicites.

Actuellement, la question est tranchée en sens inverse, conformément à l'art. 817 du C. Civil allemand. Cet article décide que « lorsque le but d'une prestation était établi de telle sorte que le bénéficiaire se soit mis par

(1) D 93, 2, 11.

son acceptation en contravention avec la loi ou les bonnes mœurs, il est tenu à restitution. La restitution est exclue lorsqu'une pareille contravention tombe d'une façon identique à la charge de l'auteur de la prestation, à moins que la prestation ne consistât à contracter un engagement. La prestation fournie pour l'exécution d'un tel engagement ne peut être répétée. »

Une solution analogue est fournie en matière de courtage matrimonial par l'art. 656 du même Code. « La promesse d'un salaire, dit-il, pour l'indication d'une occasion de conclure un mariage ou pour les négociations relatives à la réalisation d'un mariage ne fonde aucun engagement. La prestation effectuée sur le fondement de la promesse ne peut être répétée de ce chef qu'il n'y avait pas d'engagement. »

Comme on le voit, le Code Civil allemand a consacré expressément le principe formulé par la règle *Nemo auditur*.

Aussi un arrêt du Tribunal de l'Empire du 21 Janvier 1903 (1) a-t-il déclaré nul, comme ayant un but illicite, le contrat contenant un prêt d'argent et une vente de fournitures en vue de l'ouverture et de l'exploitation d'une maison de tolérance.

« Il importe peu, dit cet arrêt, que le contrat n'indique pas cette destination, dès lors que le prêteur et fournisseur l'a connue » et en conséquence, il lui refuse toute action contre le tenancier.

(1) S. 1905, 4, 15.

Cette décision semble reconnaître d'ailleurs que dans ce contrat les motifs seuls étaient illicites, mais cela est suffisant pour lui refuser toute validité aux termes de l'art. 138 C. C. All. qui annule « l'acte juridique contraire aux bonnes mœurs. »

Ainsi, les prétoires allemands sont fermés actuellement à ceux qui, par leurs conventions, ont porté atteinte à la loi ou aux bonnes mœurs. C'est la sanction traditionnelle. Le Code Civil allemand n'a pas reproduit celle qu'édictait le vieux Landrecht prussien dans son titre XVI (art. 205, 206), en attribuant au fisc les prestations illicites, au cas de turpitude des parties.

Cette sanction se retrouve aujourd'hui encore dans la législation portugaise. L'art. 692 du Code Civil Portugais admet, en effet, que si le contrat a pour cause ou pour objet un acte criminel ou immoral et qu'il y ait connivence des deux parties, aucune d'elles ne pourra agir en justice à raison de ce contrat. Et l'article ajoute — ceci est la disposition originale à noter — « Si la cause ou l'objet du contrat est un acte, la récompense donnée ou promise sera confisquée au profit des établissements de bienfaisance pupillaire. »

Ainsi, en Portugal, au cas de turpitude commune, les parties sont privées du droit d'agir en justice en ce qui concerne la convention immorale, et, par surcroît, les prestations qui font l'objet de ladite convention sont attribuées aux établissements d'assistance aux enfants.

Cette sanction semble, au premier abord, extrême-

ment rigoureuse. Cependant, elle a su rallier l'approbation de certains juristes qui souhaiteraient la voir introduire dans notre droit.

En attribuant ainsi à l'Etat, qui en disposerait à son gré, les objets des conventions immorales ou illicites, on obtient, dit-on, un traitement égal entre les deux parties; l'une est privée des avantages qu'elle avait obtenus et qu'elle comptait bien conserver, l'autre ne retire aucun bénéfice de l'annulation du contrat. Les parties voient ainsi s'évanouir les gains dont l'espoir les avait poussées à contracter et ce résultat est de nature à décourager ceux qui auraient pu être tentés de suivre leur pernicieux exemple.

Les partisans de la confiscation font observer avec juste raison que le système actuellement suivi par la jurisprudence, qui exclut la répétition, favorise le développement des conventions illicites : chacun espère se montrer le plus habile et conserver la prestation de l'autre sans livrer la sienne propre. Les Tribunaux en arrivent ainsi à donner une prime à la mauvaise foi.

Et, ajoutent ces auteurs, qu'on ne vienne pas dire que la mesure que nous préconisons constitue une peine civile, une déchéance non prévue par la loi ! Les Tribunaux, actuellement, font-ils autre chose lorsqu'ils interdisent à celui qui a exécuté une obligation de répéter ce qu'il a versé ? Tout comme notre système, le leur aboutit à une déchéance sans texte l'établissant. Et tandis qu'ils font bénéficier de la confiscation l'une des parties à l'acte

immoral, celle qui a eu soin de se faire payer d'avance, et qui n'est digne d'aucun intérêt, notre théorie attribue l'objet du contrat immoral à l'Etat qui pourra l'employer à atténuer les nombreuses misères sociales dont lui incombe la charge. Cette solution, dit-on enfin, est d'autant plus équitable que les conventions illicites ou immorales portent préjudice à la société . la confiscation constituerait simplement la réparation du dommage ainsi causé, la juste indemnité de l'atteinte portée aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.

Il faut bien reconnaître qu'au point de vue moral, la solution proposée présente des avantages incontestables. Elle réalise une louable égalité de traitement entre deux parties également blâmables; elle empêche l'une et l'autre de retirer aucun bénéfice du contrat illicite ou immoral. Elle vise à augmenter de très heureuse façon les ressources du fisc. Cependant il est permis de penser tout d'abord qu'en pratique elle n'aurait peut-être pas toute la portée qu'on lui suppose. En effet pour que la confiscation puisse intervenir, il faut que la justice soit saisie et informée de la convention immorale, par le *solvens* qui devra en faire la preuve devant elle. Dans la plupart des cas, celui-ci, s'il n'est pas animé d'un ardent désir de vengeance contre son cocontractant, hésitera à faire les frais d'une instance qui ne doit et ne peut plus rien lui rapporter, sauf le cas échéant un blâme inclus dans le jugement qui prononcera la confiscation.

En second lieu, à notre sens, la confiscation n'a pas le caractère d'une simple peine civile. Ce caractère appartient bien à la sanction adoptée par la jurisprudence, qui consiste dans le refus de l'action en répétition, au *solvens* indigne. C'est là une déchéance qu'on peut rapprocher de celle instituée par l'art. 792 du Code Civil qui décide que les héritiers coupables de recel ou divertissement ne pourront prendre aucune part dans les objets divertis ou recelés. De même que ces héritiers sont exclus du partage desdits objets, de même le *solvens* indigne se voit refuser toute action pour recouvrer la chose qu'il a imprudemment livrée.

La confiscation, elle, semble bien plutôt constituer une véritable sanction pénale édictée contre des faits qu'aucun texte n'a qualifié délits. Aucun exemple analogue ne peut être relevé dans notre droit; dans ces conditions, une telle innovation pourrait paraître hasardeuse et risquée.

Les partisans de la confiscation d'ailleurs ne s'appuient pour proposer une semblable réforme que sur la critique d'ailleurs très justifiée du refus d'action pratiqué par nos Tribunaux. Nous avons exposé à maintes reprises tous les défauts et inconvénients de ce système. Cependant nous ne pensons pas que les avantages de la confiscation soient assez importants pour justifier une modification aussi considérable du Code civil, en notre matière.

Il suffit croyons-nous d'appliquer strictement les art.

1131 et 1133 en accordant toujours et dans tous les cas l'action en répétition, lorsque la convention repose sur une cause illicite, quelle que soit la turpitude du demandeur. Ainsi on évitera les injustices choquantes du système jurisprudentiel, et d'autre part les parties étant remises dans le même état qui si elles n'avaient pas contracté, aucun préjudice ne résultera de la convention immorale, ni pour elles ni pour l'organisme social.

Vu :
J. HÉMARD.

Vu :
Le Doyen de la Faculté de Droit
de l'Université de Dijon,
F. DESSERTEAUX.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie,
E. BOIRAC.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 1

PREMIÈRE PARTIE

Pages

L'Application de la maxime « Nemo auditur » en Jurisprudence 9

CHAPITRE Ier. — Actualité du Problème 13

— II. — Les principales Hypothèses pratiques où la Jurisprudence a appliqué la maxime romaine 23

I. — **Hypothèses ne présentant qu'un intérêt rétrospectif :**

a) Contrat de courtage matrimonial 25

b) Entreprise de succès dramatique 28

II. — **Hypothèses où l'application de la maxime est définitivement écartée :**

a) Contre-lettres modifiant les traités de cession d'un office ministériel 31

b) Cession d'une part d'office ministériel 36

III. — **Hypothèses où la maxime trouve encore son application :**

a) Négociation de valeurs cotées avec le concours d'un coulissier 40

b) Effets de complaisance 44

c) Contrats entre concubins 48

d) Contrats relatifs aux Maisons de Tolérance 53

CHAPITRE III. — Base du Système jurisprudentiel 67

DEUXIÈME PARTIE

Pages

Valeur théorique et pratique de la maxime..... 75

CHAPITRE IV. — Droit romain..... 77

— V. — Ancien droit français..... 83

— VI. — Travaux préparatoires..... 89

— VII. — Code Civil..... 93

— VIII. — La Doctrine..... 97

CONCLUSION..... 121

Imp. Bernigaud, rue Bossuet, Dijon.

IMPRIMERIE
BOURGUIGNONNE
J. BERNIGAUD
15, Rue Bossuet, 15
DIJON